Die l. 26 §§ 4, 5 D. de condictione indebiti 12, 6.

Ein Beitrag zur Lehre der datio in solutum und condictio indebiti.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

vorgelegt von

Georg Reichert
Gerichtsassessor.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Referent: Prof. Dr. Bernhöft

Dem Andenken meiner Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0147

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung: Umgrenzung der Aufgabe 1

B. Erläuterung der l. 26 §§ 4, 5 und ihre Begründung 3

I. Die Rückforderung des ganzen fundus kann nicht mit der condictio indebiti allein erklärt werden 9

Das Wesen der condictio indebiti.

1. Ihre Begründung in der Rechtswissenschaft 12

2. Die l. 66 D. 12, 6 als legislatorische Grundlage der condictio indebiti 16

II. Die Rückforderung des ganzen fundus entspricht dem Charakter der datio in solutum als dem eines reinen Erfüllungsgeschäfts 18

1. Der Charakter der datio in solutum 18

2. Die Auffassung der datio in solutum im römischen Recht 23

3. Die Auffassung der datio in solutum im Allgem. Landrecht und die Erläuterung des § 191 I, 6 ALR. . . . 30

III. Das Retentionsrecht des Gläubigers am fundus 32

1. Die alte Forderung ist erloschen 34

2. Das Recht des Gläubigers, den fundus zurückzubehalten, ist aus der condictio indebiti selbst zu erklären . . . 41

C. Beurteilung der l. 26 §§ 4, 5 nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs 42

1. § 812 Abs. 1 Satz 1 oder 2? 43

2. Kann § 273 BGB. in Frage kommen? 45

Literaturverzeichnis.

A. Systematische Darstellungen.

(Hand-, Lehrbücher und Monographien.)

Arndts, R. v. Arensberg, Pandekten. 13. Aufl. (von Pfaff und Hoffmann). Stuttgart 1886.

Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht. Erlangen 1884.

Bekker im Jahrbuch des Gemeinen Rechts Bd. 6 S. 24 ff.

Berndorff, Die Annahme an Erfüllungsstatt. Berlin 1904.

Bernhöft in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 411 ff.

Birkmeyer, Enzyklopädie in der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Biermann in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 40 S. 313 ff.

Bleyler, Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter besonderer Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung. Diss. Rostock 1905.

Boehmer, Electa iuris civilis. Tom. II. Göttingen 1777.

Bolze, Zur Lehre von den Kondiktionen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 78 S. 422. ff., Bd. 79 S. 183 ff.

Bornemann, Systematische Darstellung des preuß. Zivilrechts. Berlin 1838.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1879. 2. Aufl. 1882.

Christiansen, Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844.

Cohn, Leistung an Zahlungsstatt. In Endemanns Jahrbuch des Handelsrechts Bd. 3 S. 1075 ff.

Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Berlin 1899.

Corpus iuris civilis glossatum.

Cramer, Bemerkungen über das sogen. Retentionsrecht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 37 Nr. 12 u. 15.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig Bd. 1 1900, Bd. 2 1902.

v. Daniels, System des preuß. Zivilrechts. Berlin 1866.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation. 2. Aufl. 1868.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. 1897.

Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts. 5. Aufl. Halle 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl. Halle 1906.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1864.

Duesberg, Über die Rückforderung einer aus Irrtum geleisteten Zahlung. In Simon und Strampffs Zeitschrift Bd. 1 Nr. 3.

Eccius in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3 S. 460.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, Studien in der römisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre. Berlin 1883.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Marburg 1906.

Ernst, Die Folgen der mangelhaften Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt. Zürich 1890.

Erxleben, Die condictiones sine causa. 1. Abteilung. Leipzig 1850.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtliche Ausgabe. Berlin-Leipzig 1888.

Faselius, Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Retentionsrecht. 2. Aufl. Halle 1793.

Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht. 7. Aufl. 1896.

Glück, Erläuterungen der Pandekten. Erlangen 1811.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1868.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin 1887.

Gradenwitz, Über den Begriff der Voraussetzung. Diss.

Gruchot, Beiträge zur Lehre der Rückforderung einer irrtümlichen Zahlung einer Nichtschuld. In seinen Beiträgen Bd. 19 Nr. 7.

Großkopf, Zur Lehre vom Retentionsrecht. Oldenburg 1858.

Haas, Die condictio indebiti nach Gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Rostocker Diss. Borna-Leipzig 1905.

Haniel, Wesen und Beweis des Irrtums bei der condictio indebiti. Diss. Göttingen 1893.

Hartmann, Der Bereicherungsanspruch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 224ff.

Hartmann, Aufrechnung und Zurückhaltung. Diss. Breslau 1907.

Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 S. 776ff.

Hesse, Ein Beitrag zur Lehre von der condictio indebiti. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 56 Nr. 11.

Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena 1906.

Jakubezky, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1892.

Jhering, Der Zweck im Recht. 2. Aufl. Leipzig 1904.

Jolk, Die Voraussetzung des Anspruchs dessen, der zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit geleistet hat. Diss. Borna-Leipzig 1903.

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen. Berlin 1877.

Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes. Breslau 1901.

Kohler, Rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungen. In der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 161 ff.

v. Koschembahr-Lyskowski, Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht. Weimar 1903.

Krüger-Mommsen, Corpus iuris civilis. 11. Aufl. 1905.

Laband, Zum 2. Buch des Entwurfs . . . Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 73 S. 161.

Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht nach Gemeinem Recht. Rostock 1886.

Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74 Nr. 6.

Lenz in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 397.

Lotmar, Über causa im römischen Recht. München 1875.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

v. Mayr, Die condictio des römischen Privatrechts. Leipzig 1900.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

Meseritzer, Der Irrtum bei der condictio indebiti. Diss. Berlin 1899.

Menger, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre. Wien 1871.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Mandry, Zur Lehre vom Gegenstand der Kondiktionen. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 48 S. 220.

Otto, Corpus iuris civilis. Ins Deutsche übersetzt von Otto, Schilling und Sintenis.

Pavlicek, Zur Lehre von den Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Wien 1875.

Pernice, Labeo. Halle 1892.

Pfersche, Die Bereicherungsklagen. Wien.

Plessen, Die Grundlagen der modernen condictio. Leipzig 1904.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

Puchta, Pandekten. 12. Aufl. von Schirmer. Leipzig 1877.

Renaud, Zur Lehre von der Rückforderung einer irrtümlich bezahlten Nichtschuld. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 29 S. 14 ff.

Römer, Leistung an Zahlungsstatt. Tübingen 1866.

Römer in seinen Abhandlungen über römisches Recht, Handels- und Wechselrecht. Heft 1.

Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des Allgem. Landrechts. 7. Ausg. Berlin 1886.

Rubo, Über die Hingabe an Erfüllungsstatt nach Allgem. Landrecht. In v. Kamptz' Jahrb. Bd. 22 S. 3.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Breslau 1840.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. Wien 1865.

Schenck im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 17 Nr. 4 u. 9.

Schenck, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinen Rechten. Jena 1837.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.

Schliemann, Die Haftung des Zedenten. Rostock 1850.

Schmidt, Lehrbuch des preuß. Rechts und Prozesses. 6. Aufl. Breslau 1878.

Schoenenberg, Die Voraussetzungen der im § 273 Abs. 1 BGB. geschaffenen Retentionsbefugnis. Diss. Gießen.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle 1836.

Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Halle 1903.

Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Suarez, Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des Allgem. Landrechts. In v. Kamptz' Jahrb. Bd. 41.

Thibaut, System des Pandektenrechts. 4. Ausgabe. Jena 1846.

Thöl, Handelsrecht. 6. Aufl. Leipzig 1879.

Unger, Fragmente aus einem System österreichischen Obligationenrechts. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 15 S. 529 ff.

Voigt, Über die condictiones ob causam. Leipzig 1862.

Wächter, Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 15 Nr. 6 S. 97 ff.

Wagner, Lehr- und Handbuch der politischen Ökonomie. 3. Aufl. Leipzig 1892.

Wendt, Rechtssatz und Dogma. In den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 22 S. 299 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Windscheid im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 78 S. 162 ff.

Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen, herausgegeben von Oertmann. Leipzig 1904.

Witte, Die Bereicherungsklagen des Gemeinen Rechts. Halle 1859.

Witte in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 8 S. 481 ff.

Wolff, Das Retentionsrecht nach den Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. In Buschs Archiv des Handelsrechts Bd. 3 S. 231.

Zimmermann, Beiträge zur Theorie von der condictio indebiti. Gießen 1868.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

B. Kommentare.

Anschütz u. **v. Völderndorff,** Kommentar zum allgemeinen Handelsgesetz. Erlangen 1874.
Donnellus, Commentarium de iure civili. Herausgegeben von Oswald Hillinger. Florenz 1846.
Koch, Das Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1853.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1905.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1907.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1907/08.

C. Zeitschriften und Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann).
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

A. Einleitung.

Umgrenzung der Aufgabe.

Wenn eine irrtümlich zu hoch angenommene Schuld durch Hingabe eines die Höhe der Forderung an Wert übersteigenden Gegenstandes an Erfüllungsstatt getilgt worden ist, so kann der Ausgleich der Bereicherung des Gläubigers auf drei Möglichkeiten erfolgen:

1. entweder gibt der Gläubiger seine Bereicherung an den Schuldner in natura heraus,

2. oder er zahlt, indem er den Gegenstand behält, die Bereicherung ihrem Werte nach,

3. oder er gibt endlich den erhaltenen Gegenstand ganz heraus, wobei dann allerdings für seine materielle Befriedigung nach Erlöschen des Schuldverhältnisses auf andere Weise gesorgt werden muß.

Diese drei verschiedenen Möglichkeiten haben, wie auf den ersten Blick ersichtlich, verschiedene unten näher zu entwickelnde praktische Konsequenzen.

Während, wie die Arbeit zeigen soll, bei teilbaren Sachen der Gläubiger das zuviel Erhaltene billigerweise stets in natura herausgeben muß, ist der Ausgleich der Bereicherung, wenn eine unteilbare Sache den Gegenstand der datio in solutum bildet, nach einzelnen Gesetzgebungen verschieden geregelt. Diese Regelung hängt eng zusammen mit der bezüglichen Auffassung des Gesetzgebers über die datio in solutum und teilweise auch die condictio indebiti. Allerdings ist diese durch die l. 26 § 4 D. 12, 6 in die Rechtswissenschaft hineingetragene Frage nur von wenigen Gesetzen ausdrücklich erörtert: Das Bürgerliche Gesetzbuch hat ihre Beantwortung der Wissenschaft

überlassen,[1]) das Allgem. Landrecht ihr einen besonderen Paragraphen gewidmet,[2]) und nur das römische Recht hat ihr eine ausführliche Behandlung zuteil werden lassen.

Während nun, wie die Motive des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Recht sagen, dieser Frage eine erhebliche praktische Bedeutung nicht beiwohnt, so birgt sie doch eine große Anzahl von theoretisch nicht uninteressanten Schwierigkeiten, die von einer umfangreichen Literatur nach verschiedenen Gesichtspunkten hin behandelt werden.[3]) Diese Literatur hat mit nicht immer großem Geschick die l. 26 § 4 cit. zu begründen, noch häufiger jedoch die in ihr enthaltenen Entscheidungen zur Erklärung der eigenen Lehren zu verwenden gesucht, wobei man schließlich nach erfolglosem Bemühen dieses Fragment häufig für einen ganz besonderen Fall erklärt hat. Keiner der zahlreichen Erklärungsversuche aber ist der lex m. E. im vollen Umfange gerecht geworden, während man eine Erklärung des § 191 I, 16 ALR., der offenbar durch sie angeregt ist, sowie dessen Verschiedenheit von der römischen Gesetzesbestimmung überhaupt nicht versucht hat.

---

[1]) Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 835.

[2]) § 191 I, 16 ALR.

[3]) vgl. Pernice, Labeo, Halle 1892, Bd. 3 S. 279; Römer, Leistung an Zahlungsstatt, Tübingen 1866, S. 47 u. 136—139; Ernst, Die Folgen der mangelhaften Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt, Zürich 1890, S. 11, 12 u. 49; Schliemann, Die Haftung des Zedenten, Rostock 1850, S. 51 u. 52, insbes. Anm. 43; Bechmann, Der Kauf nach Gemeinem Recht, Erlangen 1884, S. 559 Anm. 1; Berndorff, Die Annahme an Erfüllungsstatt, Berlin 1904, S. 73 ff., insbes. S. 77, 78; Glück, Erl. d. Pand. Bd. 15 S. 128 u. 130; Schenck, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinen Rechten, Jena 1837, S. 247; Luden, Das Retentionsrecht, Leipzig 1839, S. 125; Faselius, Versuch einer systemat. Darstellung der Lehre vom Retentionsrecht 2. Aufl., Halle 1793, S. 58; Lenz in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 396; Boehmer, electa iuris civilis Tom. II, Göttingen 1777, S. 633; Großkopf, Zur Lehre vom Retentionsrechte, Oldenburg 1858, S. 67, 68; Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrechte nach gemeinem Recht, Rostock 1886, S. 61, 62, insbes. Anm. 10; Renaud im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 29 S. 167; Erxleben, Die condictiones sine causa Abt. 1, Leipzig 1850, S. 46; Sintenis, Zivilrecht 3. Aufl., Leipzig 1868, Bd. 2 S. 172; Cramer im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 37 S. 425.

In den Kreis nachstehender Betrachtungen sollen die Bestimmungen des römischen Rechts, des Allgem. Landrechts und des Bürgerlichen Gesetzbuchs gezogen, die dazu vorhandene Literatur besprochen und — wie schon gleich hier bemerkt — die Entscheidung des römischen Rechts als die der Billigkeit und den Begriffen der beiden erwähnten Rechtsinstitute der datio in solutum und condictio indebiti entsprechendste vom legislatorischen Standpunkt gekennzeichnet werden.

B. Erläuterung der l. 26 §§ 4, 5 D. 12, 6 und ihre Begründung.

Die l. 26 §§ 4, 5 D. 12, 6, in der im römischen Recht die Frage nach dem Ausgleich der Bereicherung bei Hingabe eines den Wert der Schuld übersteigenden Gegenstandes an Erfüllungsstatt behandelt wird, hat folgenden Wortlaut:

„4. Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet, enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad comunionem) sed et condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur donec debita pecunia solvatur.

5. Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dederit pluris pretii quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dederit quasi maiorem modum debens, superfluum olei esse repetendum, non totum et ob hoc peremtam esse obligationem".[4])

Inhaltlich bedeutet diese lex folgendes:

Wenn für eine Geldschuld von 100 ein fundus im Werte von 200 an Erfüllungsstatt gegeben wird, so hat der Schuldner gegen den Gläubiger ein Rückforderungsrecht, während eine Schuld von 100 bestehen bleibt. Denn wenn auch im allgemeinen durch datio in solutum der Schuldner befreit wird, so bleibt

[4]) vgl. die wörtliche Übersetzung bei Sintenis, corp. iur. civil. II S. 62, die m. E. den Sinn der Stelle im großen und ganzen richtig wiedergibt.

doch dann, wenn eine Sache von größerem Werte an Erfüllungsstatt gegeben worden ist, nicht etwa ein ideeller Teil dieser Sache im Vermögen des Gläubigers,[5]) da niemand gegen seinen Willen zu einer solchen Gemeinschaft gezwungen werden kann. Vielmehr geht hier die condictio dann auf den ganzen an Erfüllungsstatt gegebenen fundus, während das Schuldverhältnis bestehen bleibt. Der Gläubiger darf jedoch den fundus so lange zurückbehalten, bis er bezüglich seiner Forderung befriedigt ist. Hat dagegen der Schuldner für eine Geldschuld Öl von größerem Werte, als die Schuld betrug, an Erfüllungsstatt, oder wenn Öl selbst den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildete, dieses in größerer Menge als geschuldet dem Gläubiger gegeben, so kann der Schuldner nur das zuviel Hingegebene kondizieren. In diesem Falle ist das Schuldverhältnis erloschen.

Welche Klage hier dem Schuldner gegen den Gläubiger gegeben ist, bringt der Wortlaut der Stelle zwar nicht zum Ausdruck; doch kann mit Rücksicht auf ihre Stellung im corpus iuris und auf die Verwendung des Wortes condictio es keinem Zweifel unterliegen, daß mit der condictio integrae rei und superflui olei nur gemeint sein kann die condictio indebiti[6]) als die Rückforderung der Bereicherung des Gläubigers nach Tilgung einer vermeintlichen, aber nicht bestehenden Schuld.[7]) Diese Begriffsbestimmung dürfte zu irgendwelchen Zweifeln keinen

---

[5]) Die Worte „non fit confusio partis rei cum pecunia“ haben zu verschiedenen Auslegungen Anlaß gegeben. Diese Worte, wie mehrfach angenommen wird (vgl. z. B. die Glosse zu l. 26 § 4), als einen Ausschluß der Kompensationsbefugnis anzusehen, ist abwegig. Denn es handelt sich hier nicht um Kompensation, sondern um die Entscheidung anderer Fragen. Vgl. Dernburg, Kompensation S. 484. Wenig Sinn gibt auch die Übersetzung von Sintenis: „So geschieht . . . gleichwohl keine Verwechslung eines Teils der Sache mit dem Gelde“. Vielmehr treten die Worte „pecunia“ gleich Vermögen und „confusio“ gleich Vermischung oder Vereinigung in ihrer ursprünglichen, letzteres insbesondere nicht etwa in einer technischen Bezeichnung auf; vgl. Heumann-Seckel Bd. 1 S. 92.

[6]) „repetere“ hat in der Rechtssprache nicht unbedingt die Bedeutung von condicere. Vgl. Renaud a. a. O. S. 168 und v. Mayr, condictio S. 98.

[7]) l. 1 § 1 D. de cond. ind. 12, 6; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 378; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 893; Puchta-Schirmer S. 474 u. a.

Anlaß geben. Kaum der Erwähnung bedarf es auch, daß die Anstellung der condictio indebiti dadurch nicht gehindert wird, daß statt des ursprünglich geschuldeten Leistungsgegenstandes ein anderer in solutum gegeben wird.[8])

Endlich kann die weitere Komplikation unseres Falles, daß die Schuld, um deren Bezahlung es sich handelt, teilweise besteht, vom logischen Standpunkte Schwierigkeiten nicht bereiten. Denn unter diesen Umständen geht die condictio auf den Teil der Leistung, der den Betrag der Schuld übersteigt.[9])

So erklärt sich ohne weiteres leicht § 5 unserer lex. Der Schuldner, der in der Annahme, es handle sich um eine Schuld von 200, Öl im Werte von 200 dem Gläubiger in solutum gegeben hat, kann die Hälfte des Öls mit der condictio indebiti zurückverlangen. Der Rest bleibt in dem Vermögen des Gläubigers, und die alte Verbindlichkeit ist erloschen. Öl ist eine fungible, vertretbare Sache, ein genus, dessen einzelne Teile immer in jeder Beziehung gleichwertig sind. Hier entspricht eine Teilung in natura stets auch derselben Teilung im Werte, so daß von einer Ölmenge im Werte von 200 die Hälfte immer gleich 100 ist. Daher kann das in solutum gegebene Öl wie jede andere Fungibilie in der Weise geteilt werden, daß Gläubiger und Schuldner je die Hälfte des hingegebenen Öls bekommen. Da nun durch datio in solutum ebenso wie durch solutio selbst[10]) das Schuldverhältnis erloschen, der Gläubiger Öl im Werte von 100 dem Betrage seiner Forderung entsprechend erhalten und der Schuldner die Hälfte des Öls, ebenfalls im Werte von 100, zurückerhalten hat, so ist das Vermögen beider Parteien seinem materiellen Bestande nach ebenfalls nicht verändert, ein jeder ist formell und materiell befriedigt, und diesem Resultat in der materiellen Gerechtigkeit entspricht auch dessen logische Rechtfertigung.

---

[8]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 894; Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 2 S. 486; Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 831; v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 446; Rechtspr. d. OLG. Bd. 2 S. 75; Rönne, Ergänzungen Bd. 2 S. 246; Planck Anm. 2 zu § 813 S. 940.

[9]) Ernst a. a O. S. 12.

[10]) pr. Inst. quib. mod. obl. toll. III, 29.

Hierbei mag die Streitfrage des gemeinen Rechts, in welcher Weise die Herausgabe erfolgen muß, kurz berührt werden. Man stritt darüber, ob bei einer generischen Schuld der aus einer indebiti solutio Verpflichtete zur Rückgabe von tantundem eiusdem generis oder zur Zahlung des Wertes verpflichtet ist, wenn er die empfangenen Fungibilien verbraucht hat.

Während einerseits „im Sinne einer Darlehnsschuld“ [11]) oder auch nach den „das römische Recht allgemein beherrschenden Grundsätzen“ [12]) eine Verpflichtung des Gläubigers auf Rückgabe des Empfangenen in Natur angenommen wurde, solange das genus, aus dem die Leistung bewirkt war, überhaupt noch bestand, sucht Mandry [13]) an der Hand der l. 65 § 6 D. 12, 6: „in frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet“, nachzuweisen, daß der Empfänger einer indebiti solutio zur Erstattung des Wertes verpflichtet ist, sobald er das empfangene genus verbraucht hat. Dieser Ansicht, die bei allen Fungibilien nach Verbrauch einen Wertersatz eintreten lassen will, weil bei allen außer dem Gelde Qualitätsunterschiede denkbar seien, kann m. E. nicht beigetreten werden. Es mag richtig sein, daß die Grundsätze des Darlehns schon deshalb auf eine Schuld aus einer condictio indebiti nicht angewendet werden können, weil bei dem Abschluß des Darlehnsvertrages bezüglich eines genus die Parteien sich dessen event. eintretenden Wertschwankungen bis zur Rückgabe stillschweigend unterwerfen, während bei der condictio indebiti die Parteien bei Hingabe und Empfang der Leistung derartige Erwägungen begreiflicherweise nicht anstellen konnten. Allein unmöglich kann sich eine Genusschuld nach Leistung auf eine vermeintliche Verbindlichkeit in eine Speziesschuld verwandeln. Geschuldet aber war ursprünglich ein genus, und ein solches kann bei der

---

[11]) Glück, Pand. Bd. 13 S. 155; Schmidt, Lehrb. d. preuß. Rechts und Prozesses Bd. 1 S. 557; Wächter im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 15 S. 123.

[12]) Erxleben a. a. O. S. 205; Voigt, Über die condictiones ob causam, Leipzig 1862, S. 326; Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle 1859, S. 144.

[13]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 48 S. 220.

condictio indebiti hier auch nur in obligatione sein. Die von Mandry zur Beweisführung benutzte l. 65 cit. scheint daher mehr auf die Prozeßformel der condictio indebiti als auf die Umwandlung des materiellen Inhalts der obligatio sich zu beziehen.[14]) In der Literatur hat die Ansicht Mandrys großen Anklang gefunden,[15]) während sie in der Praxis offenbar nicht durchgedrungen ist.[16])

Anders aber erfolgt die Ausgleichung der Bereicherung in § 4 der l. 26. Hier handelt es sich um einen fundus, eine species, eine nichtvertretbare, nichtfungible Sache, die als solche nach allgemeiner Verkehrsanschauung durch Teilung in natura ihrem Werte entsprechend nicht geteilt werden kann. Denn würde man selbst eine in allen Teilen gleichartige Ackerparzelle zugrunde legen, so würden bei deren Teilung doch niemals Sachen entstehen, die durch jede beliebig andere nach der Anschauung des Verkehrs ersetzt werden könnten.[17]) Sachen dieser Art können immer nur bewegliche, niemals Grundstücke sein.

Während daher ein genus in jeder Weise reell geteilt werden kann, insofern hier eine Teilung — wie gesagt — immer auch eine dem Werte entsprechende bedeutet, könnte die Teilung einer species in natura nicht erfolgen. Es bliebe daher nur eine Teilung in ideeller Weise übrig, so daß jeder Teilhaber ein Eigentümer zu einem Bruchteile wird. Diese Regelung könnte aber für unseren Fall nicht gutgeheißen werden, nicht nur, weil ein derartiges Miteigentum zu einer Quelle von mancherlei Unzuträglichkeiten werden und daher als unbillig empfunden,[18]) sondern weil eine solche Entscheidung auch rechtlich dem Willen beider Parteien widersprechen würde.[19]) Denn während bei der

---

[14]) Ebenso v. Mayr, condictio S. 365; Brinz, Pand. Bd. 2 S. 517 Anm. 47; Pfersche, Bereicherungsklagen S. 140.

[15]) Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs S. 32; Förster-Eccius Bd. 2 S. 484, insbes. Anm. 26.

[16]) Seufferts Arch. Bd. 4 Nr. 124.

[17]) Der Begriff der Fungibilien in l. 2 § 2 D. 12, 1 deckt sich im wesentlichen mit dem des § 91 BGB.; vgl. Staudinger Anm. 1 zu § 91.

[18]) Stieve a. a. O. S. 52; Schmidt a. a. O. Bd. 1 S. 556.

[19]) Glück, Pand. Bd. 13 S. 174; Dernburg, Kompensationen S. 484.

Teilung des Öls die Hälfte für jeden, also auch für den Gläubiger den halben Wert der ganzen Leistung hat und die Annahme und Hingabe des Plus auch die des Minus in sich schließt, so erhalten hier Gläubiger und Schuldner nach der Teilung nichts anderes, als was in ihrer Absicht liegen konnte. Dagegen bedeutet ein Miteigentum zu gleichen Teilen etwas anderes als ein halber fundus. Da es aber einen solchen im Sinne der allgemeinen Wertbestimmung nicht gibt, so kann bei den Parteien der Wille der Hingabe und Annahme der ideellen Hälfte trotz des Willens der Hingabe und Annahme des Ganzen nicht unterstellt werden, und es hätten beide Parteien das Recht, ein solches Erfüllungsgeschäft, das ihnen entgegen ihrem rechtsgeschäftlichen Willen ein Miteigentum einbrächte, anzufechten. Insbesondere aber könnte eine solche Regelung gesetzlich nicht gutgeheißen werden, da sie dem Wesen der datio in solutum widersprechen würde. Denn diese bedeutet zwar eine Ersetzung eines debitum durch ein aliud, aber nur „consentiente creditore".[20]) Eine Teilung des fundus in ideelle Hälften zum Zweck der Ausgleichung der Bereicherung ist daher auch von keiner Gesetzgebung, die den Fall in Betracht gezogen hat, und von keiner der zahlreichen diese lex behandelnden Schriften gutgeheißen.[21]) Auch Ulpian, von dem unsere Pandektenstelle herrührt, lehnt sie ab mit den Worten: „non fit confusio partis rei cum pecunia, nam nemo invitus compellitur ad comunionem". Er entscheidet sich für die dritte der oben angedeuteten Möglichkeiten mit den Worten: „condictio integrae rei manet et obligatio incorrupta", „du kannst den ganzen fundus, den du in solutum gegeben hast, mit der condictio indebiti zurückverlangen; aber deine alte Schuld bleibt bestehen". Eine in der Tat merkwürdige Entscheidung, die mit der condictio indebiti ebensowenig als mit der datio in solutum bei oberflächlicher Betrachtung im Einklang zu stehen scheint. Denn während letztere als ein Erfüllungsgeschäft die alte Verbindlichkeit tilgt, könnte bei der ersteren doch nur die Bereicherung des Gläubigers zurückverlangt werden. Offenbar aber

---

[20]) pr. I. 3, 29 und § 364 BGB.
[21]) vgl. Stieve a. a. O. S. 52.

ist doch der Gläubiger nicht um den ganzen fundus bereichert, da er seine Forderung in Höhe von 100 verloren hat. Nach Allgem. Landrecht bleibt, wie hier vorweg bemerkt werden mag, der Gläubiger im Besitz des Fundus und zahlt die Bereicherung im Werte heraus. Warum im römischen Recht die Rückforderung auf das Ganze, nicht — wie im Allgem. Landrecht — auf den Wert der Bereicherung geht, ist aus beiden Gesetzesstellen selbst nicht zu entnehmen, denn während die Bestimmung des Allgem. Landrechts eine Begründung überhaupt nicht enthält, wird im römischen Recht mit den Worten: „non fit confusio partis rei cum pecunia nam nemo invitus compellitur ad comunionem", wie wir gesehen haben, nur die zu einem Gemeinschaftsverhältnis führende Möglichkeit abgelehnt.[22]) Es bliebe noch die Möglichkeit, daß der Gläubiger den fundus behält, während die condictio auf die Bereicherung geht.

I. Die Rückforderung des ganzen fundus kann nicht mit der condictio indebiti allein erklärt werden.

Wollte man das Resultat, zu dem die römische Gesetzesstelle kommt, auch aus dem Willen der Parteien erklären, so würde man zu schiefen Konsequenzen, die dem Begriff der condictio indebiti zuwiderlaufen, gelangen. Denn während der Wille der Parteien nicht darauf gerichtet war, die ideelle Hälfte des fundus zu übertragen, und das Rechtsgeschäft deshalb bei Eintritt eines solchen Resultats als nichtig oder anfechtbar sich gestalten würde, ging der Wille des Leistenden andererseits auf Übertragung des Eigentums am fundus auf den Gläubiger. Dieser Eigentumsübertragungsakt hat sich bezüglich des ganzen

---

[22]) Berndorff a. a. O. S. 77. Daher sind auch die Erklärungen unserer Entscheidungen von Boehmer a. a. O. S. 633; Glück Bd. 13 S. 174; Cramer a. a. O. S. 425; Pernice a. a. O. S. 249 und aller derer unzureichend, die nur dem Sinne nach Ulpians Worte wiederholen, ohne uns zu sagen, warum Ulpian den Gläubiger nicht im Genuß des fundus beläßt, wie dies das ALR. tut.

Grundstücks gültig vollzogen,[23]) denn sonst könnte dem Schuldner nicht die condictio gewährt werden, weil niemand seine eigene Sache kondizieren kann.[24]) An solchen Erklärungsversuchen aus dem Willen des Leistenden hat es in der Literatur nicht gefehlt. So nimmt Luden in seiner obenerwähnten Schrift über das Retentionsrecht entgegen der zweifellos gegebenen condictio hier eine rei vindicatio an. Nach ihm „fordert der Schuldner nicht zurück, was er über den Betrag seiner Schuld hinaus gegeben hat. Zu dieser Zurückforderung ist er befugt, weil er nicht gegen seinen Willen genötigt werden kann, sich eine Teilung gefallen zu lassen".[25]) Auch Renaud spricht in seiner erwähnten Abhandlung über das Retentionsrecht von einer neben der condictio angeblich zulässigen rei vindicatio.[26]) Nach ihm ist „der Wille desjenigen, der eine nicht bestehende Schuld irrtümlich tilgt, unter einen (vermeintlichen) juristischen Zwang gestellt in der Art, daß der Willensentschluß, ein bestimmtes Etwas in das Vermögen des vermeintlichen Gläubigers zu übertragen, nur ein scheinbarer ist.[27])

Diese beiden Ansichten sind einzig dastehend in der Literatur.[28]) Sie verkennen den tiefgreifenden und begrifflich so bedeutsamen Unterschied zwischen der condictio als dem persönlichen und der rei vindicatio als dem dinglichen Rückforderungsrecht völlig, dem doch die Rechtswissenschaft aller Zeiten stets gerecht geworden ist.[29]) Die Widerlegung dieser Ansichten im

---

[23]) Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 249; Boehmer a. a. O. S. 633; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 141; Großkopf a. a. O. S. 67.

[24]) l. 12 D. 7, 9. Die zur Abschwächung dieses Grundsatzes von Renaud a. a. O. S. 168ff. vorgebrachten Argumente können nicht überzeugen; vgl. dagegen Erxleben a. a. O. S. 41ff. und Haniel, Wesen und Beweis des Irrtums bei der condictio indebiti S. 9.

[25]) Luden a. a. O. S. 125.

[26]) Renaud a. a. O. S. 158.

[27]) Renaud a. a. O. S. 167.

[28]) Allerdings sprechen auch die Glosse zu l. 26 § 4, Langfeld a. a. O. S. 62 u. a. von einem Retentionsrecht des Gläubigers an einer fremden Sache, jedoch ohne dieses in obiger unlogischer Weise zu begründen.

[29]) vgl. Donellus, Comm. de jur. civ. Bd. 6 S. 807; Erxleben a. a. O. S. 30; Gruchot in seinen Beitr. Bd. 19 S. 131; Bolze im Arch.

einzelnen dürfte sich daher erübrigen.[30]) Allein außer diesen beiden gibt es andere Stimmen in der Literatur, die hier zwar eine condictio annehmen, diese aber in einer Weise erklären, daß sie, falls man ihnen bis in die letzten Konsequenzen folgen würde, zu denselben Resultaten wie Luden und Renaud gelangen würden. Hiervon seien die vier folgenden Ansichten erwähnt:

1. Nach Römer „kann die Leistung kondiziert werden, weil bei der datio in solutum ein Irrtum oder ein Mißverständnis hinsichtlich der causa der betreffenden Vermögenszuwendung vorhanden ist, d. h. nicht beide darin übereinstimmen, durch die Leistung solle die Schuld getilgt werden, also entweder der Geber nicht solvendi causa gibt oder der Gläubiger nicht solvendi causa empfängt".[31])

2. Ähnlich darf, wie Ernst will, die Eingehung des Solutionsgeschäfts die Parteien nicht einmal bis zum Belauf der tatsächlich bestehenden Forderung binden, insofern ihre Zustimmung bezüglich der Teilleistung nicht präsumiert werden kann. Dies ist der Grund, weshalb sich jener fundus sine causa beim Gläubiger befindet und mit der condictio indebiti zurückverlangt werden kann.[32])

3. Von der „Setzung eines unerreichten Zwecks, der eine wahre solutio unmöglich mache, während die datio zu Recht bestehe", spricht auch Brinz.[33])

4. Zu demselben Resultat kommt endlich auch Berndorff[34]) mit folgenden Ausführungen: „Wenn die Schuld, zwecks deren Tilgung die Leistung an Erfüllungsstatt erfolgt ist, in Wirklichkeit nicht bestand, so ist der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten . . . Wenn nun jemand, der 100 schuldet, in der irrtümlichen Annahme, 200 zu schulden, 200 gezahlt hat, so ist der

---

f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 422; Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 27; OLG. Breslau im Recht 1902 S. 44 u. a.

[30]) Im einzelnen gegen Renaud: Erxleben a. a. O. S. 41 und gegen Luden: Cramer S. 425.

[31]) a. a. O. S. 139.

[32]) a. a. O. S. 11.

[33]) Pand. § 304.

[34]) a. a. O. S. 77, 78.

mit der Leistung bezweckte Erfolg, d. i. die Tilgung einer Schuld von 200, zwar nicht vollständig, aber doch insofern teilweise eingetreten, als die Absicht, das Plus zu tilgen, die Tilgungsabsicht des Minus in sich schließt und bezüglich der letzteren der Zweck erreicht ist . . . Bei einem Grundstücke dagegen läßt sich der mit dem Erfüllungsangabevertrage beabsichtigte Erfolg nur einheitlich erreichen. Eine Teilung der Leistung bezw. die Erreichung des beabsichtigten Erfolges durch einen Teil der Leistung und die Rückforderung hinsichtlich des übrigen Teils ist der Natur der Leistung nach ausgeschlossen".

Der Fehler, den auch diese letzteren Schriftsteller begehen, liegt darin, daß sie mit dem Irrtum des Leistenden oder mit dem verfehlten Leistungszweck operieren, ein Fehler, den ein großer Teil der neueren Literatur bei der Begründung des Rückforderungsrechts aus der condictio indebiti überhaupt mit diesen Ansichten gemeinsam hat. Ebensowenig aber wie die condictio indebiti mit diesen genannten Mitteln erklärt werden kann, ebensowenig werden die genannten Ausführungen der Begründung des Rückforderungsrechts unserer Pandektenstelle gerecht. Zur Widerlegung ihrer Ansichten muß hier das Wesen des Rückforderungsanspruchs aus der condictio indebiti mit wenigen Worten gestreift werden.[35])

I. Die Begründung der condictio indebiti in der Rechtswissenschaft.[36])

Während man in älterer Zeit den Bereicherungsanspruch auf eine vertragliche Grundlage zu stellen und die Kondiktionen

---

[35]) Eine Aufzählung, geschweige denn eine Würdigung der gesamten, insbesondere der neueren, sehr reichhaltigen diesbezüglichen Literatur gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, denn es handelt sich hier in erster Linie nur um eine Zurückweisung der bisher vorgenommenen Erklärungsversuche der l. 26 § 4 cit. in der Literatur.

[36]) vgl. hierzu v. Mayr, Die condictio des römischen PrivR. und der Bereicherungsanspruch des deutschen BGB.; Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes; Windscheid-Kipp Bd. 2 §§ 422, 423; Windscheid im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 178; Lenel im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 213ff., Bd. 79 S. 53ff.;

als Quasikontrakte zu erklären suchte,[37]) verfiel man später in den entgegengesetzten Fehler und sah in ihnen den Ausfluß eines allgemeinen Prinzips der Gerechtigkeit und Billigkeit entsprechend dem römischen Satze: „iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem" (l. 206 D. 50, 17).[38]) Beide Anschauungen sind längst überwunden, und es folgt ihnen bis in die neueste Zeit hinein eine gleich der ersten wieder mit technisch-juristischen Mitteln arbeitende Auffassung, deren Begründer Savigny ist. Dieser sah das erzeugende Moment der condictio indebiti in dem Irrtum des Leistenden über das Bestehen des Schuldverhältnisses. Denn — so lehrt er — „der an sich unbeachtliche Irrtum habe außer bei den ädilitischen Klagen auch bei der condictio indebiti die Kraft, ein an sich gültiges Rechtsgeschäft rückgängig zu machen".[39]) Diese Lehre hat nicht viele Anhänger gefunden;[40]) man sah das Bedenkliche ihrer Konsequenzen bald ein,[41]) aber dennoch gibt es eine große Anzahl von Schriftstellern, die wie Savigny den Willensakt der Parteien als Ausgangspunkt der condictio indebiti machen. Diese kommen, wenngleich sie das

---

Stammler, Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem BGB., Halle 1903; Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, Breslau 1901; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879; Meseritzer, Der Irrtum bei der condictio indebiti, Berlin 1899; Zimmermann, Beiträge zur Theorie von der condictio indebiti, Gießen 1868; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, Berlin 1877; Lotmar, Über causa im römischen Recht, München 1875; Plessen, Die Grundlagen der modernen condictio, Leipzig 1904; Pfersche, Die Bereicherungsklagen; Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, Berlin 1887; Bolze im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78, 79; Wendt in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 22 S. 299; Christiansen, Zur Lehre von der condictio indebiti und naturalis obligatio, Kiel 1844.

[37]) vgl. die Angaben bei Klingmüller a. a. O. S. 106 und Bornemann, System Bd. 3 S. 562.

[38]) U. a. Glück, Pand. Bd. 13 S. 1ff.; Wächter im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 15 S. 123; Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 232.

[39]) System Bd. 3 S. 359 u. 448.

[40]) Christiansen a. a. O., insbes. S. 63 und für unsere Pandektenstelle Cramer a. a. O. S. 425 Anm. 10; Langfeld a. a. O. S. 62.

[41]) Darüber v. Koschembahr-Lyskowski, Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht Bd. 1 S. 10.

Ergebnis der Savignyschen Lehre nicht billigen, doch schließlich zu nicht anderen Konsequenzen wie er selbst. Sie nehmen ihren Ausgangspunkt zum großen Teil von der Ansicht Erxlebens, der in durchaus legislatorisch brauchbarer Weise die condictio indebiti aufbaut auf der Tatsache des „Habens ohne rechtlichen Grund".[42]) Allein damit nicht zufrieden, versuchte man den „rechtlichen Grund" oder besser „den Mangel des rechtlichen Grundes" mit den Regeln des technisch geformten Rechts zu erfassen. Versuche dieser Art beherrschen auch noch die Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch, dessen 1. Entw. eine Aufzählung der einzelnen Kondiktionsfälle enthielt, stellt nunmehr in seinem § 812 das allgemeine Prinzip der ungerechtfertigten Bereicherung voraus und läßt in den folgenden Bestimmungen Erläuterungen zu diesem Prinzip folgen. Es beantwortet uns aber keineswegs die Frage nach dem Mangel des rechtlichen Grundes.

Unter den Schriftstellern, die insbesondere schon vor Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs dieses sine-causa-Prinzip zum Gegenstande eingehender Erörterungen gemacht haben, nimmt Windscheid die erste Stelle ein. „Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erklärt", so lehrt Windscheid, „macht nicht die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung von der Wirklichkeit des Vorausgesetzten abhängig; aber dennoch ist es wahr, daß bei Nichtwirklichkeit des Vorausgesetzten das Bestehen der gewollten rechtlichen Wirkung seinem eigentlichen Willen nicht entspricht. Dieser Zwiespalt zwischen dem wirklichen und dem eigentlichen Willen wird aber dadurch ausgeglichen, daß dem Bereicherten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige, was er hat und fortfährt zu haben, zurückzugeben."[43])

Windscheid hat mit seiner „Voraussetzung" hier nur wenige Anhänger,[44]) aber eine große Anzahl von Gegnern[45]) ge-

---

[42]) a. a. O. S. 55.

[43]) Windscheid-Kipp Bd. 2 §§ 422, 423; Windscheid im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 178; ähnlich auch in Windscheids Abh., herausgegeben von Oertmann, S. 390.

[44]) So u. a. Förster-Eccius Bd. 2 S. 480.

[45]) Insbesondere Lenel im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 74 S. 213, Bd. 79

funden; auch hat man nach eingehender Erörterung bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs es abgelehnt, seine Lehre den gesetzlichen Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung zugrunde zu legen.[46]) Seine Lehre begeht den Fehler, daß sie wie die älteren Schriftsteller des Quasikontraktes die Kondiktionen aus dem zu begründen versucht, was die Parteien verhandelt haben. Wenngleich Windscheid sich ausdrücklich dagegen verwahrt, daß die Existenz der gewollten rechtlichen Wirkung von dem Willen des Leistenden unabhängig sei, so setzt er andererseits doch den Zwiespalt zwischen dem eigentlichen und wirklichen Willen, ohne uns im übrigen zu sagen, was er damit meint, als das die Kondiktionen bedingende Moment. Seine Ansicht muß m. E. ebenso wie alle anderen mit dem Willen der Parteien operierenden Begründungen verworfen werden. Außerdem kann, abgesehen davon, daß das Wort „Voraussetzung" sich eine technische Bezeichnung nicht erworben hat, daß vielmehr die Voraussetzung nur als ein Element der sich betätigenden Parteiabsicht anzusehen ist,[47]) aus der Voraussetzung die condictio indebiti niemals hergeleitet werden. Die Parteien machen bei der Leistung auf eine nicht bestehende Verbindlichkeit weder ausdrücklich noch stillschweigend die Voraussetzung der Schuld zum Gegenstande ihrer Verhandlungen. Sie können das auch gar nicht, weil sie an der Existenz der Schuld zu zweifeln nicht den geringsten Anlaß haben.[48]) Würde daher eine Voraussetzung der Schuld zum Gegenstande der Parteivereinbarung gemacht, so könnte niemals eine condictio indebiti, d. h. ein Rückforderungsrecht wegen Nichtexistenz der Verbindlichkeit vorliegen.

Andrerseits aber auch kann eine in der jüngsten Zeit sehr beliebige Art, die condictio indebiti aus der Nichterreichung des Leistungszwecks herzuleiten, nicht zum Ziele führen.[49])

S. 53ff.; Bolze im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 457; Pfersche a. a. O. S. 100; Gradenwitz, Voraussetzung S. 10ff. u. a.

[46]) Prot. Bd. 2 S. 691.

[47]) Zitelmann a. a. O. S. 329.

[48]) Lenel a. a. O.

[49]) So die überwiegende Anzahl der neueren Literatur: Oertmann Vorbem. 2f. zu § 812; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 141; Karlowa a. a. O.

Denn wenngleich die Parteien bei dem Erfüllungsgeschäft den wirtschaftlichen Zweck der Tilgung einer Verbindlichkeit verfolgen, so machen sie diesen doch nicht als einen rechtlich erheblichen Faktor zum Gegenstande dieses Erfüllungsgeschäfts. Würden sie das tun, so würde, wenn der Zweck nicht erreicht wird, die Leistung hinfällig werden. Würde er stillschweigend in der Absicht der Parteien liegen, so würde er als deren Element nur auch deren Wirkung teilen; d. h. er würde, wenn überhaupt beachtlich, nur — einem Irrtum im Motiv gleich — den Leistungswillen nichtig oder anfechtbar gestalten können. Mit dem Ausbleiben des Leistungszwecks aber kann vollends dann nicht operiert werden, wenn wie in dem uns beschäftigenden Falle die Verbindlichkeit teilweise bestand und durch Leistung getilgt ist. So bei § 5 unserer Pandektenstelle. Einen anderen Zweck als die Tilgung der Verbindlichkeit hatten die Parteien nicht im Auge. Dieser ist erreicht. Wie will man nun die Rückforderung des Plus mit dem Ausbleiben des der Leistung zugrunde liegenden Zwecks erklären! Die kurze Übersicht zeigt die Richtigkeit der von Stammler[50]) vertretenen Ansicht, daß alle Versuche, das sine-causa-Prinzip mit den Mitteln des technisch geformten Rechts zu erklären, den Kondiktionen und damit der auch uns beschäftigenden condictio indebiti nicht gerecht werden können. Wir sehen uns gezwungen, zu der Weisheit der römischen Quellen zurückzukehren und den Satz des Papinian in der l. 66 D. 12, 6 auch heute noch als die einzig mögliche Grundlage der condictio indebiti aufzustellen: „haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit".

2. Die l. 66 D. 12, 6 als Grundlage der condictio indebiti.

Dieser Satz des Papinian bedeutet, wie Wendt in den Jahrbüchern für Dogmatik[51]) ausführt, schon für das römische

S. 163; Lotmar a. a. O. S. 86; Bernhöft in Birkmeyers Enzyklopädie S. 393; Jung a. a. O., insbes. S. 59; Crome, System Bd. 2 S. 985; Jolk, Diss. Leipzig 1905, S. 17; Planck Anm. 3a zu § 812 S. 934/35.

[50]) Stammler a. a. O. S. 31.

[51]) Bd. 22 S. 299ff.

Recht den Abschluß einer Entwicklung, das Ende eines die Begründung der condictio indebiti behandelnden Streites. Denn wie in der neuesten Zeit bestanden schon in Rom Meinungsverschiedenheiten darüber, ob man die condictio indebiti objektiv aus dem Prinzip der Billigkeit oder subjektiv aus dem herleiten sollte, was die Parteien gewollt haben.[52]) Papinian vereinigt beide Momente miteinander. Eine Ansicht, die mit der Billigkeit argumentiert, erhält insofern einen legislatorisch richtigen Grundgedanken, als bei den Kondiktionen sehr häufig ein Ausgleich stattfindet zwischen einer materiell ungerechten Bereicherung und dem formalen Rechtsprinzip. Allein Billigkeit und Gerechtigkeit sollen das ganze Rechtssystem beherrschen und sind in dieser Abstraktheit nicht geeignet, ein bestimmtes Rechtsinstitut im Rahmen des ganzen Systems zu erklären.[53]) Nicht aus der Billigkeit allein ist nach dem Satze des Papinian die condictio indebiti zu erklären, aber andererseits ist die Billigkeit doch der Maßstab, an dem das sine-causa-Prinzip zu bemessen ist. Bei den späteren Begründungsmethoden hat man bald das eine, bald das andere dieser Erfordernisse zum alleinigen Prinzip erhoben. Grundlegend ist die von dem Willen der Parteien unabhängige Bereicherung des Beklagten. Diese Bereicherung muß, an dem Maßstab des aequum et bonum gemessen, ungerechtfertigt sein. Wann sie das ist, läßt sich natürlich wie jedes Prinzip mit Aufzählungen nicht erschöpfen, seien diese noch so zahlreich und an sich auch noch so richtig. Andererseits aber läßt sich dieses Prinzip nicht mit spezifisch juristischen Ausdrücken festlegen. Denn jede solche Definition würde notwendig in den Fehler hineingeraten, den wir vermeiden wollen, den Willen der Parteien — mag man ihn nun als deren Voraussetzung, Zweck oder wie man sonst will bezeichnen — zum Ausgangspunkt zu machen. Setzen wir die Bereicherung ohne einen nach Billigkeit und Gerechtigkeit gerechtfertigten Grund als Ausgangspunkt der condictione indebiti, so finden wir, daß es gewissermaßen unjuristische Momente sind, die im Sinne einer

---

[52]) a. a. O. S. 313.

[53]) Windscheid im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 78 S. 390.

höheren materiellen Gerechtigkeit hier eingreifen, um die Härten des formalen Rechts zu mildern und deshalb trotz der gültigen Übertragung der Leistung dem Schuldner ein Rückforderungsrecht an dem geleisteten Gegenstande gewähren.[54])

II. Die Rückforderung des ganzen fundus entspricht dem Charakter der datio in solutum als dem eines reinen Erfüllungsgeschäfts.

Wenn im Sinne der bisherigen Ausführungen der Zweck, den die Parteien mit der Leistung verbunden haben, weder als ein wirtschaftlicher noch als ein juristischer das Rückforderungsrecht der condictio indebiti begründen kann, so sind damit die oben angeführten Ansichten als die einzigen in der Literatur vorhandenen Erklärungen des Rückforderungsrechtes aus der l. 26 § 4 nicht gutzuheißen. Demnach dürfte es der Literatur bisher nicht gelungen sein, eine Begründung dafür, daß Ulpian in unserer Stelle die Rückforderung auf den ganzen fundus erstreckt wissen will, zu finden. Diese Entscheidung aber finde ich allein begründet in der richtigen Auffassung der datio in solutum, nach der die allein noch bleibende Möglichkeit, daß der Gläubiger den fundus behält und die Bereicherung im Werte herauszahlt, andererseits abgelehnt werden muß. Es ist daher hier das Wesen der datio in solutum und ihre enge Verwandtschaft mit der eigentlichen solutio in einem Überblick zu streifen.

I. Der Charakter der datio in solutum.

Zu den Endigungsgründen der Obligation gehört als eine Unterart der solutio im eigentlichen Sinne die datio in solutum,

[54]) Übereinstimmend im wesentlichen in diesen Ausführungen Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 862; Klingmüller a. a. O. S. 106; Plessen a. a. O. S. 49; Zimmermann a. a. O. S. 5 u. 7, insbes. Anm. 17; Wendt a. a. O. S. 313—317; Bolze a. a. O. insbes. S. 455; Pfersche a. a. O. S. 101; Hartmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 21 S. 231; Gradenwitz, Voraussetzung S. 18.

die Leistung an Erfüllungsstatt, als die mit Einwilligung des Gläubigers zwecks Schuldtilgung vorgenommene Leistung eines andern als des geschuldeten Gegenstandes. Dies findet gewöhnlich statt, wenn der Schuldner mangels ausreichender Barmittel außerstande ist, den Gläubiger zu befriedigen, und versucht durch Leistung anderer in seinem Besitze befindlichen Gegenstände sich von seiner Schuld zu befreien. Hier nimmt der Gläubiger, dem an dem Erwerb dieser Gegenstände meist nichts gelegen ist, diese dennoch statt der geschuldeten Geldsumme an, weil er sonst bei der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gegen seine eigenen Interessen handeln würde. Stellt sich praktisch der Fall so einfach wie geschildert, so ist die Konstruktion der datio in solutum als eines reinen Erfüllungsgeschäftes sehr leicht einzusehen. Allein der Ersatz des geschuldeten Objekts durch ein anderes kann sich auch durch ein Rechtsgeschäft vollziehen, das äußerlich zwar eine gewisse Ähnlichkeit mit der datio in solutum und — was die Tilgung des Schuldverhältnisses anlangt — auch denselben praktischen Erfolg wie diese hat, von ihr aber begrifflich durchaus verschieden ist. Dies liegt dann vor, wenn dem Gläubiger nach Begründung des Schuldverhältnisses weniger an dem Erwerb des Geschuldeten als eines anderen ebenfalls im Besitze des Schuldners befindlichen Gegenstandes gelegen ist, während der Schuldner, der an sich sehr wohl imstande sein würde, die Schuld durch Leistung des debitum zu tilgen, lieber den von dem Gläubiger begehrten Gegenstand als den geschuldeten herzugeben bereit ist. Ich will z. B. ins Ausland gehen und vorher meinem Pächter das von diesem bewohnte Landhaus verkaufen. Ich sehe in seiner Wohnung einige wertvolle alte Gebrauchsgegenstände, die von ihm dem vollen Werte nach nicht gewürdigt werden, während mir an deren Erwerb sehr viel gelegen ist. Wir kommen dahin überein, daß ein Teil des Kaufpreises mit diesen Gegenständen gedeckt werden solle. Hier wird die Kaufgeldschuld auch getilgt, die äußere Form ist keine andere als die der datio in solutum, und dennoch liegt keine Leistung an Erfüllungsstatt, sondern ein wirtschaftliches Umsatzgeschäft, ein Kauf vor. Hierbei wird der Erfolg nicht wie bei der datio in solutum un-

mittelbar, sondern mittelbar durch Aufrechnung des Kaufpreises der erworbenen Gegenstände mit der ursprünglichen Forderung erreicht. Es liegt auf der Hand, daß hier ein begrifflich ganz anderes Geschäft als ein Solutionsgeschäft geschlossen ist. Praktisch zeigt sich der Unterschied am klarsten, wenn die Parteien die Schuld nur irrtümlicherweise annahmen. Bei der datio in solutum kann wie bei der solutio in engerem Sinne der hingegebene Gegenstand kondiziert werden, während bei einem Kauf des aliud die Existenz der ursprünglichen Forderung völlig gleichgültig wäre. Der Gläubiger würde den von ihm gekauften Gegenstand behalten und den Kaufpreis bei Nichtexistenz der Forderung noch schulden.[55]) Dieser theoretisch so klare Unterschied zwischen dem dinglichen Erfüllungsgeschäft und dem obligatorischen des Kaufes tritt praktisch nicht immer so klar wie in dem geschilderten Beispiel zutage. Sehr häufig ist die Absicht der Parteien nicht deutlich zu erkennen, und am schwierigsten sind die Fälle zu entscheiden, in denen die Parteien selbst nicht klar über ihre eigenen Absichten sind. Es hat daher die äußere Ähnlichkeit der datio in solutum mit einem Umsatzgeschäft sehr häufig dazu geführt, beide Rechtsgeschäfte miteinander zu verwechseln.

Nicht nur lehrte die Glosse,[56]) daß die datio in solutum ein Kauf sei, wenn statt einer Geldschuld eine species, dagegen Tausch, wenn eine species statt einer anderen in solutum gegeben wird. Auch in neuerer Zeit hat man in Gesetzbüchern, Lehrbüchern und wissenschaftlichen Bearbeitungen[57]) in der datio in solutum einen Kauf oder ein anderes wirtschaftliches Umsatzgeschäft gesehen. Gegen diese Ansicht, die sehr ausführlich

---

[55]) Schliemann a. a. O. S. 51 Anm. 43; Römer a. a. O. S. 137, 139; Berndorff a. a. O. S. 23; Bechmann a. a. O. S. 559 Anm. 1; Rehbein, BGB. Bd. 2 S. 291; Matthiaß Bd. 1 S. 378.

[56]) Zu l. 8 C. 7, 45.

[57]) So Arndts, Pand. S. 435; Anschütz u. Völderndorff, HGB. Bd. 3 S. 10; v. Daniels, System des preuß. Zivilrechts Bd. 2 S. 21; Rubo in Kamptz' Jahrb. Bd. 22 S. 12 und ferner für das indische Recht vgl. Kohler in der Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. Bd. 3 S. 179.

von Römer in der oben zitierten Schrift bekämpft wird,[58]) sei auf das Gesagte verwiesen.[59])

Wurde diese Ansicht nun zwar in der Wissenschaft des späteren gemeinen Rechts nicht mehr gebilligt, so hat man doch die Ähnlichkeit der datio in solutum mit der solutio, ihren Charakter als den eines reinen Erfüllungsgeschäfts bis in die neueste Zeit hinein verkannt,[60]) und eine der neueren, im übrigen sehr eingehende Bearbeitung über die datio in solutum kann sich von der Annahme eines im Dienste des Solutionszwecks stehenden Umsatzgeschäfts nicht frei machen.[61]) Die Widerlegung dieser Ansicht als unlogisch und insbesondere als den römischen Quellen widersprechend muß notwendig dahin führen, unserer Stelle die ihr angeblich innewohnende Besonderheit zu nehmen, da, wie manche der neueren Schriftsteller ausführen, Ulpian, der Autor unserer Stelle, auch der Vater einer derartigen Auffassung gewesen sein soll, der sich hier im Gegensatz zu seinen sonstigen Aussprüchen über die datio in solutum befunden haben[62]) soll. Logisch ist ein Umsatzgeschäft im Dienste des Solutionszwecks ein Widerspruch in sich selbst. Es mag zugegeben werden, daß es oft nicht leicht ist, die empirische Absicht der Parteien und aus dieser den Charakter des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts als eines Umsatz- oder solutorischen Geschäfts zu erkennen. Es mag auch richtig sein, daß die wirtschaftlichen Motive, die den Abschluß des Geschäfts veranlaßt haben, oft vielfältig sind,[63]) um so vielfältiger, je komplizierter bei dem

[58]) a. a. O. insbesondere S. 47 u. 136–139.

[59]) Wie tief diese Begriffsverwirrung auch in die Praxis eingedrungen war, zeigen die bei Rönne, Ergänzungen Anm. 5 zu § 235 I, 16 ALR. zitierten Entscheidungen und ferner die Tatsache, daß das Reichsoberhandelsgericht in zahlreichen Entscheidungen noch in nicht ferner Zeit auf den Unterschied der beiden Rechtsgeschäfte in ausführlichen Erörterungen aufmerksam zu machen für nötig befand (vgl. ROHG. Bd. 5 S. 418, Bd. 8 S. 97, Bd. 15 S. 49, Bd. 18 S. 384, Bd. 20 S. 39).

[60]) Endemann, Studien Bd. 2 S. 239.

[61]) Ernst a. a. O. S. 29ff.

[62]) Ernst a. a. O. S. 47; Schliemann a. a. O. S. 52 erwägen diese Möglichkeit.

[63]) Wagner, Lehr- und Handb. der praktischen Ökonomie Bd. 1 § 44.

Fortschreiten des wirtschaftlichen Verkehrslebens die Verhältnisse sich gestalten. Allein unmöglich kann unter diesen praktischen Schwierigkeiten die begriffliche Konstruktionsweise leiden. Denn wenn auch die Absicht, einen Gegenstand zu erwerben, zuweilen mit dem, die Schuld getilgt zu sehen, gepaart sein mag,[64]) so wird man doch stets eine Antwort auf die Frage nach der Absicht der Parteien finden müssen, wenn man, wie Berndorff[65]) mit Recht ausführt, den Parteien die weitere Frage vorlegt, was sie für den Fall des Nichtbestehens der Forderung gewollt haben.

In beiden Fällen handelt es sich um den Ersatz einer Leistung durch eine andere, um einen „Umsatz", wenn man es so nennen will. Allein bei der datio in solutum liegt ein Umsatz im gewöhnlichen Sprachgebrauch, bei einem Kauf dagegen ein Umsatzgeschäft im wirtschaftlichen Sinne des Wortes vor. Das charakteristische Merkmal des letzteren aber ergibt sich aus dem ökonomischen Bedürfnis der Parteien. Es gibt bei diesem Rechtsgeschäft jeder der Kontrahenten ein Gut auf, um an dessen Stelle ein von ihm höher geschätztes einzutauschen. So kommt es, daß jeder von ihnen gewinnt, ohne daß der andere verliert.[66]) Im wirtschaftlichen Verkehrsleben tauschen die Menschen ihre Güter nicht ins unbestimmte und ins unbegrenzte, sondern sie tun dies nur, soweit sich bei bestimmten Güterarten und bei der gegebenen ökonomischen Sachlage ein wirtschaftlicher Vorteil für sie ergibt.[67]) Ein Austausch findet auch bei der datio in solutum statt, allein hier nicht, um einen ökonomischen Vorteil durch die eingetauschte Leistung zu erhalten, sondern der Austausch des aliud für das debitum ist hier nur eine notwendige Begleiterscheinung. Zweck dieses Geschäfts ist allein die Tilgung

---

[64]) Die Frage von Biermann a. a. O. S. 313: „Warum soll ich nicht auch einen Kauf lediglich zum Zwecke der Schuldtilgung abschließen" ist daher m. E. vom wissenschaftlichen Standpunkte aus unverständlich. Erfolgt der Kauf zum Zwecke der Schuldtilgung, so ist es eben kein Kauf, sondern eine datio in solutum.

[65]) a. a. O. S. 29.

[66]) Jhering, Zweck im Recht S. 122.

[67]) Menger, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre S. 156, 168.

der Schuld. In den meisten Fällen wird, wie gesagt, die Parteien die Not zu diesem Ersatz treiben, nicht das ökonomische Bedürfnis der Gütervermehrung: den Schuldner, weil es ihm an hinreichenden Barmitteln fehlt, und den Gläubiger, weil er sonst überhaupt nichts bekommen würde.[68])

Eine datio in solutum würde in dem obigen Beispiel vorliegen, wenn mein Käufer außerstande wäre, mir den Kaufpreis des Hauses voll zu bezahlen. Doch würde er mir, da ich nicht gewillt bin, ihm den Rest des Kaufpreises zu stunden, statt baren Geldes einige von ihm selbst sehr geschätzte silberne Gefäße anbieten. Ich habe selbst daran zwar keinen Bedarf, nehme sie aber dennoch statt des Geldes an, weil ich sonst fürchten müßte, meine Forderung gegen den Käufer völlig zu verlieren.

Es kann nicht genug betont werden, daß die datio in solutum eng mit der eigentlichen solutio verwandt, daß sie begrifflich nichts anderes ist und praktisch nichts anderes erstrebt als die solutio selbst.[69]) Sie ist ein entgeltliches Rechtsgeschäft, denn jeder der Kontrahenten gibt einen Vermögensgegenstand gegen einen anderen auf. Sie bleibt ein entgeltliches Rechtsgeschäft auch dann, wenn das zugrunde liegende Schuldverhältnis einen lukrativen Charakter trug. Denn die datio in solutum ist ein dingliches Erfüllungsgeschäft, das durch den Charakter der obligatorischen Schuldbeziehungen der Parteien nicht berührt wird.[70])

2. Die Auffassung der datio in solutum im römischen Recht.

Ist die Annahme eines Kaufs oder — was schließlich dasselbe ist — eines „wirtschaftlichen Umsatzgeschäftes im Dienste des Solutionszwecks“ begrifflich mit dem dinglichen Erfüllungsgeschäft der datio in solutum nicht in Einklang zu bringen, so widerspricht sie auch den römischen Quellen, so oft

---

[68]) Berndorff a. a. O. S. 31.

[69]) Endemann, Studien Bd. 2 S. 238.

[70]) Berndorff a. a. O. S. 21; Biermann in der Zeitschr. f. HR. Bd. 40 S. 314; Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 540; Enneccerus, Lehrb. Bd. 1 S. 721; Schollmeyer Anm. 1 zu § 364.

man auch versucht hat, diese Ansicht mit den Ausführungen der römischen Juristen in Übereinstimmung zu bringen.

Die römischen Quellen sagen uns über den Charakter der datio in solutum ausdrücklich nichts. Das im Verhältnis zu dem unseren einfachere Wirtschafts- und Verkehrsleben der Römer legte diesem Rechtsgeschäft offenbar nur eine untergeordnete Bedeutung bei. Die in den Quellen spärlich und zerstreut sich findenden Aussprüche über die datio in solutum beschränken sich auf die Fixierung der Rechte, die dem Gläubiger bei Eviktion des in solutum erhaltenen Gegenstandes wegen juristischer Mängel zustehen, und nur hieraus und aus einzelnen wenigen Andeutungen ist es möglich, einen Schluß auf die Ansicht der römischen Juristen über den Charakter der datio in solutum zu ziehen. Diesen Charakter zu verkennen aber hatten die Römer viel weniger Anlaß als wir, denn gerade die vielen Fälle, in denen die datio in solutum bei uns zur Ersparung der häufig großen ökonomischen Schwierigkeiten der Barzahlung, der geringen Münzmenge, des Mangels an Raum, Zeit, Last, der Kosten des Zählens, des Transports, der Verpackung, der Aufbewahrung der Versicherung usw.[71]) zur Anwendung gelangt und die häufig die Erklärung ihres Charakters als eines Erfüllungssurrogats erschweren, spielten in Rom wohl kaum eine Rolle. Daher erscheint es auch verfehlt, zur Erklärung römischer Rechtsbegriffe wirtschaftliche Verhältnisse der Neuzeit zu verwenden.[72]) Daß man aber in Rom die datio in solutum stets als ein entgeltliches solutorisches Veräußerungsgeschäft angesehen hat, zeigt uns die Behandlung der Fälle, in denen eine Forderung tatsächlich nicht bestanden hat. Denn, haben wir vorher gesehen, daß in dem Fall des Nichtbestehens der Schuld trotzdem die Absicht der Parteien bei einem wirtschaftlichen Umsatzgeschäft auf den Erwerb des aliud gehen wird, so muß der Gesetzgeber, der in der datio in solutum ein reines Solutionsgeschäft sieht, dem im Irrtum leistenden Schuldner die condictio indebiti auf die Leistung geben. Bildete andererseits ein wirt-

---

[71]) Thöl, HR. Bd. 1 S. 1044.

[72]) Biermann a. a. O. S. 315.

schaftliches Umsatzgeschäft, etwa ein Kauf, den Grund des Güteraustausches, so wäre es, da der Gläubiger in diesem Falle die hingegebenen Gegenstände erwerben, der Schuldner sie veräußern wollte, unbillig, beide Kontrahenten dieses erstrebten wirtschaftlichen Vorteils wieder zu berauben und den Gläubiger zur Rückgabe, den Schuldner zur Rücknahme des aliud zu zwingen. Daß aber in Rom bei einer nicht bestehenden Verbindlichkeit die in solutum bewirkte Leistung kondiziert werden konnte, ist von keiner Seite bestritten worden.[73]) Wie kommt man also dazu, den Römern neben einer Auffassung der datio in solutum als eines reinen solutorischen Rechtsgeschäfts die eines im Dienst eines Solutionsgeschäfts stehenden Umsatzgeschäftes zu imputieren! Vergleichen wir außerdem die Entscheidung Ulpians in der l. 26 § 4 mit der des Paulus in der l. 84 pr. D. 50, 17: „Paulus libro tertio quaestionum: cum amplius solutum est quam debebatur, cuius pars non invenitur, quae repeti possit, totum esse indebitum intelligitur, manente pristina obligatione", so sehen wir, daß man allgemein da die condictio indebiti auf das Ganze gibt, wo ein Teil der Leistung nicht zurückgefordert werden kann. Diese dem Sinne nach völlige Übereinstimmung der beiden Fragmente zeigt die hier gleiche Behandlung der datio in solutum und der solutio und dürfte m. E. die Erwägung einer prinzipiell verschiedenen Auffassung bezüglich des Charakters der datio in solutum für das römische Recht nicht aufkommen lassen.

Was nun die Ansichten Ulpians über die datio in solutum anlangt, die angeblich diese schiefe Auffassung in das römische Recht gebracht haben sollen, so spricht Ulpian außer in der l. 26 noch in folgenden drei Fragmenten über dieses Rechtsgeschäft:

1. l. 24 pr. D. de pign. actione 13, 7;
2. l. 4 § 31 D. de doli mali exc. 44, 4;
3. l. 15 D. quib. ex causis in poss. eatur 42, 4.

Zu 1. In der ersten Stelle vergleicht er die Stellung des Gläubigers bei der datio in solutum mit der eines Pfandgläubigers,

---

[73]) vgl. oben Anm. 8.

dem kraft Richterspruchs das Pfand zugeschlagen worden ist, und er gibt in beiden Fällen dem Gläubiger, falls ihm die erhaltene Sache infolge rechtlicher Mängel entwehrt wird, eine actio emti utilis.

Zu 2. In der zweiten vergleicht er den Gläubiger, der eine Sache an Zahlungsstatt angenommen hat, insofern mit einem Käufer, als er wie dieser die exceptio aus dem dolus seines Rechtsvorgängers nicht zu fürchten habe, im Gegensatz zu denjenigen, die auf Grund eines lukrativen Rechtsgeschäfts einen Gegenstand erwerben.

Zu 3. Ebenso stellt er in der dritten Stelle die datio in solutum neben dem Kaufe einem aus Liberalität geschlossenen Rechtsgeschäfte gegenüber. Wie man aus diesen Stellen folgern will, daß „durch die Absicht des Umsatzes die datio in solutum Ulpians charakterisiert wird“,[74]) erscheint mir unbegreiflich,[75]) denn gleichsam, um sich gegen eine solche Unterstellung zu verwahren, braucht er Ausdrücke wie „emptori similis est“ oder „vicem venditionis“, während diese einschränkenden Ausdrücke bei der Annahme eines wirklichen Kaufgeschäfts sinnwidrig wären. Mit demselben Rechte könnte man daraus, daß dem Gläubiger im Bürgerlichen Gesetzbuch die Rechte eines Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln des an Erfüllungsstatt erhaltenen Gegenstandes gewährt sind, schließen, das Bürgerliche Gesetzbuch sähe in der Hingabe an Erfüllungsstatt einen Kaufvertrag, ja hier mit noch größerem Rechte. Denn im Bürgerlichen Gesetzbuch wird die actio emti auch bei Sachmängeln gegeben, während darüber die Ulpianschen Stellen überhaupt schweigen. Daraus, daß Ulpian den Kauf und die datio in solutum in einem Atem nennt, ist nur zu erkennen, daß es ihm um die Betonung der Entgeltlichkeit dieser beiden Rechtsgeschäfte im Gegensatz zu anderen auf lukrativer Grundlage stehenden zu tun ist. Auch ist nach allem vorher Gesagten die Annahme einer Identität der datio in solutum mit einem Umsatzgeschäft eine so ungeheuerliche Konstruktion, daß man dafür in den

---

[74]) Ernst a. a. O. S. 30.

[75]) Ebenso Berndorff a. a. O. S. 26; Biermann a. a. O. S. 314.

römischen Quellen eine Begründung finden müßte. Eine solche aber dürfte nicht leicht sein, insbesondere nicht für das römische Recht, denn — wie man sieht — muß Ernst selbst die Verhältnisse einer viel komplizierteren Wirtschaftsepoche zu Hilfe nehmen, um die Gründe klarzulegen, die angeblich einen Ulpian zu dieser verkehrten Anschauung verleitet haben.[76]) Dadurch, daß Ulpian die datio in solutum sehr häufig mit dem Kaufe zusammen nennt, ohne auf die Unterschiede dieser beiden Rechtsgeschäfte hinzuweisen, zeigt er, wie völlig klar ihm der Unterschied dieser beiden ist, und wie wenig er eine Verwechslung bei seinen Lesern voraussetzt. Hätte er hier eine falsche Auslegung annehmen können, so hätte er zweifellos die datio in solutum ebenso wie bezüglich ihrer Rechtsmängel so auch bezüglich ihres Charakters einer näheren Behandlung unterzogen. In allen den drei obengenannten Stellen handelte es sich nur um die Befugnisse des Gläubigers, dem eine in solutum erhaltene Sache entwehrt wird. Wenn Ulpian hier die alte Schuld erloschen sein läßt, so bedeutet das eine von der solutio im eigentlichen Sinne abweichende Behandlung, insofern bei dieser nichts geleistet ist, wenn nicht der Leistungsgegenstand in das unanfechtbare Eigentum des Empfängers gelangt. Aber die Ulpiansche Behandlung der Rechtsmängel der datio in solutum ist eine für die Praxis brauchbarere. Denn hier ist die Stellung der für die alte Forderung bestellten Pfänder und Würden eine gesichertere. Ulpian macht sich die Anschauung zu eigen, daß die Parteien das alte Schuldverhältnis dauernd getilgt wissen wollen. Um nun aber den Gläubigern ihrerseits Mittel an die Hand zu geben, wenn ihnen infolge rechtlicher Mängel der erhaltene Gegenstand entzogen wird, läßt er den Schuldner hier in Übereinstimmung mit anderen entgeltlichen Rechtsgeschäften mittels der actio emti utilis verhaftet sein.

Diese Behandlung der rechtlichen Mängel der datio in solutum ist allerdings nicht überall im corpus iuris beliebt. Denn es gibt Stellen, die entsprechend der solutio im engeren Sinne auch bei der datio in solutum den Schuldner aus dem alten Schuld-

[76]) a. a. O. S. 30 ff.

verhältnis haften lassen, wenn der erhaltene Gegenstand an Rechtsmängeln leidet. Hauptvertreter dieser Anschauung ist Marcian, ein Zeitgenosse Ulpians. Dieser läßt in der von ihm stammenden l. 46 D. de solut. 46, 3 die alte Forderung fortbestehen, wenn ein in solutum gegebener Gegenstand infolge mangelnden Eigentums dem Gläubiger auch nur teilweise wieder entrissen wird. Hier ist nichts geleistet, wenn der Gläubiger nicht volles Eigentum an dem aliud bekommt.

In dem letzteren Sinne schreibt auch Paulus in der l. 60 D. de solut. 46, 3, daß erst nach der Ersitzung eines in solutum gegebenen Sklaven das Schuldverhältnis erloschen sei. Dieser Widerspruch der beiden Ansichten Marcians und Ulpians bedeutet eine Antinomie in den römischen Quellen, die sich auch im Kodex nicht gelöst findet. Denn hier gibt der Kaiser Antoninus im Jahre 212 in der l. 8 C. de evict. 8, 45 dem Gläubiger, dessen an Zahlungsstatt erhaltenes Grundstück anderen Gläubigern verpfändet war, eine dem Kauf analoge Klage gegen den Schuldner mit der Begründung, daß ein solches Rechtsgeschäft Ähnlichkeit mit dem Kaufe habe. Andererseits stellen die Kaiser Diocletian und Maximian in der l. 8 Cod. de sent. et interl. 7, 45 die Klage auf das Interesse bei einem Kaufvertrage gegenüber der Klage aus dem alten Schuldverhältnis bei der datio in solutum, wenn eine Sklavin, die nach der einen oder anderen Eventualität in den Besitz des Käufers oder aber des Gläubigers gekommen und dann durch Rechtsspruch für eine freie erklärt worden ist.

Dieser deutlich zutage tretende Widerspruch ist von der herrschenden Lehre des Gemeinen Rechts geleugnet, einer Lehre, die noch in neuerer Zeit ausführlich von Römer in der oft zitierten Schrift verteidigt wird. Von dieser sagt daher Witte mit Recht, daß sie als eine Förderung der Lehre von der datio in solutum nicht angesehen werden könne.[77]) Die Literatur des Gemeinen Rechts interessiert hier jedoch nicht, da sie sich weniger mit der juristischen Konstruktion der datio in solutum als mit den Folgen der mangelhaften Leistung an Zahlungsstatt be-

[77]) In der Krit. VSchr. Bd. 8 S. 481.

schäftigt.[78]) Daß es sich in der Literatur des Gemeinen Rechts um eine äußerliche und unhaltbare Vermittlung eines unleugbaren Widerspruchs der römischen Quellen handelt, hat zuerst Dernburg erkannt.[79]) Den Boden seiner Lehre hat die neuere Rechtswissenschaft nicht wieder verlassen.[80]) Unter Annahme der Antinomie in den Quellen hat allein Ernst die verschiedene Behandlungsweise der datio in solutum mit einer verschiedenen Grundauffassung zwischen Marcian und Ulpian zu erklären gesucht. Allein m. E. ist, obwohl selbstverständlich auch hier an einer Antinomie nicht gezweifelt werden soll, diese widersprechende Behandlung der datio in solutum doch nicht durch eine verschiedene Grundauffassung der beiden römischen Juristen bezüglich des Charakters des Rechtsgeschäfts bedingt. Ich sehe in den abweichenden Entscheidungen nur eine Verschiedenheit der praktischen Hilfsmittel für den allerdings wichtigsten Fall der juristischen Mängel des erhaltenen Gegenstandes. Während Marcian und Paulus hierbei dem juristischen Charakter und der historischen Entwicklung der datio in solutum entsprechend die alte Forderung so lange fortbestehen lassen, bis das Erhaltene in das volle Eigentum übergegangen ist, wird die Entscheidung Ulpians offenbar dem praktischen Interesse der Parteien mehr gerecht.[81]) Im Sinne Ulpians lassen auch neuere Gesetzbücher, unter ihnen das Bürgerliche Gesetzbuch, die alte Forderung nach Erfüllung durch datio in solutum nicht fortbestehen, sondern geben dem Gläubiger die Rechte des Käufers. Es wird aber niemand behaupten wollen, daß etwa das Bürgerliche Gesetzbuch trotz des § 365 in der Leistung an Erfüllungsstatt einen Kauf oder ein sonstiges, wenngleich im Dienste des

---

[78]) vgl. im übrigen Römer a. a. O. insbes. S. 46; Brinz, Pand. § 280 Note 12; Bekker im Jahrb. des gemeinen Rechts Bd. 6 S. 241/42; Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht Bd. 2 S. 559; Schliemann a. a. O. S. 52.

[79]) Pfandrecht Bd. 2 S. 247, Pand. Bd. 2 S. 164.

[80]) Cohn in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 1075 ff.; Biermann a. a. O. S. 314; Ernst a. a. O. S. 69; Berndorff a. a. O. 26 ff.

[81]) Witte a. a. O. S. 488; Unger a. a. O. S. 543 Anm. 11.

Solutionszwecks stehendes wirtschaftliches Umsatzgeschäft sehen will.[82])

Hiernach steht die l. 26 § 4 nicht nur nicht im Widerspruch mit den übrigen Fragmenten Ulpians über die datio in solutum, sondern sie zeigt uns klarer als die anderen Stellen, daß Ulpian, wiewohl er nicht eine eigene Ansicht, sondern die des Marcellus referiert, und wiewohl er die datio in solutum hier nur im Vorübergehen streift, wie auch Paulus in der zitierten l. 84 die datio in solutum nicht als ein Umsatzgeschäft, sondern als ein solutorisches Rechtsgeschäft auffaßt.

3. Die Auffassung der datio in solutum im Allgem. Landrecht und die Erläuterung des § 191 I, 16.

Daß gerade die Entscheidung unseres Falles Gelegenheit gibt, die Auffassung des Gesetzgebers von der datio in solutum kennen zu lernen, tritt noch deutlicher hervor, wenn wir uns die obenerwähnten gesetzlichen Bestimmungen des Allgem. Landrechts vergegenwärtigen.

§ 191 I, 16 ALR. lautet: „Wer für den ganzen Betrag einer nur zum Teil richtigen Schuld eine Sache an Zahlungsstatt gegeben hat, kann, wenn er auch den zuviel bezahlten Teil zurückzufordern berechtigt war, dennoch auf Rückgabe der Sache selbst nicht antragen".

Mit dieser Bestimmung sind die §§ 4 u. 5 unserer lex getroffen. Denn wenn auch das Allgem. Landrecht die römische Unterscheidung zwischen fungiblen und nichtfungiblen Sachen hier nicht ausdrücklich macht, so müssen wir den Fall des § 5 ebenso wie im römischen Rechte beurteilen. Kann ich auf Rückgabe der ganzen Sache nicht antragen, so bin ich doch nicht gehindert, den zuviel gegebenen Teil der Sachen zurückzufordern, soweit das möglich ist. Unmöglich aber ist dies nur bei einer in natura unteilbaren Sache oder bei einer species, die nur im ideellen Sinne geteilt werden kann. Da wir nun auch hier den

---

[82]) Matthiaß Bd. 1 S. 378; Rehbein Bd. 2 S. 291; Schollmeyer Anm. 1 zu § 364.

oben geschilderten Schwierigkeiten bezüglich des Miteigentums von Gläubiger und Schuldner am Grundstück begegnen würden, bleiben auch nur noch die zu Anfang unserer Erörterung als Nr. 2 u. 3 aufgestellten Möglichkeiten übrig. Von diesen beiden wird im Allgem. Landrecht ausgesprochenermaßen die Entscheidung Ulpians in der l. 26 § 4 abgelehnt. Mit zwingender Notwendigkeit muß danach der Fall nach Allgem. Landrecht so beurteilt werden, daß der Gläubiger den fundus behält und seine Bereicherung im Werte von 100 an den Schuldner herauszahlt.[83]) Diese Entscheidung, die dem juristischen Charakter der datio in solutum als eines Erfüllungsgeschäfts nicht entspricht und auch insofern eine Unbilligkeit bedeutet, als die Parteien hier zu einem Ergebnis gelangen, das sie in bloßer Erfüllungsabsicht nicht gehabt haben, muß im Sinne obiger Ausführungen zu der Annahme führen, daß der Gesetzgeber den Charakter der datio in solutum als den eines reinen Erfüllungsgeschäfts verkannt und in ihr ein wirtschaftliches Umsatzgeschäft gesehen hat. Wenngleich diese Begründung in den Worten der Gesetzesstelle nicht enthalten ist, so ist der Gesetzgeber, falls man darunter nicht im weiteren Sinne das Gesetz selbst verstehen will, tatsächlich von dieser irrigen Annahme ausgegangen. Wie die von Duesberg[84]) mitgeteilte Entstehungsgeschichte der §§ 165—198 I, 16 ALR. ergibt, fand sich diese Bestimmung in dem 1. Entw. des Allgem. Landrechts nicht. Sie ist erst veranlaßt durch die kritischen Bemerkungen Goßlers, der offenbar mit Rücksicht auf unsere Pandektenstelle die Frage anregte[85]): „Wenn jemand, der für eine vermeinte Schuld von 2000 Talern ein Grundstück oder andere Sachen an Zahlungsstatt gegeben hatte, nachher einen Teil der Schuld zurückfordert, muß er sich bloß mit Geld abfinden lassen?“ Infolge dieser und anderer Bedenken entwarf Suarez selbst einige abändernde Bestimmungen, unter ihnen auch die, die nachher als § 191 unverändert in das Gesetz übergegangen ist.

---

[83]) Schmidt a. a. O. Bd. 1 S. 556; Bornemann, System Bd. 3 S. 360

[84]) In Simon u. Strampffs Zeitschr. Bd. 1 S. 256 ff.

[85]) a. a. O. S. 264.

Läßt sich nun zwar aus den übrigen Bestimmungen des Allgem. Landrechts[86]) nicht mit Deutlichkeit sagen, daß die datio in solutum im Allgem. Landrecht als ein Kauf angesehen werden soll, so kann andererseits doch die Stellung dieser letzteren Bestimmungen unter der Lehre von dem Erlöschen der Verbindlichkeiten nicht allein erweisen, daß man sich bei der Abfassung des Gesetzes über den Charakter der datio in solutum als den eines reinen Erfüllungsgeschäftes völlig im klaren gewesen ist.[87]) Berücksichtigt man ferner die Unklarheit, die infolge der Lehre der Glosse im Gemeinen Recht lange Zeit geherrscht hat und die man in dem größten Teil der Literatur des Allgem. Landrechts noch vertreten findet,[88]) so überrascht es uns nicht, wenn, wie wir bei Bornemann lesen, Suarez selbst, der Vater dieser Bestimmung, in der datio in solutum einen wirklichen Kaufvertrag gesehen hat, wiewohl er mit dieser Ansicht bei der Abfassung der Bestimmungen der §§ 242 ff. I, 16 nicht durchgedrungen ist.[89]) Hiernach ist die Annahme, daß die Bestimmung des § 191 I, 16 nur in völliger Verkennung des Wesens der datio in solutum durch den Autor dieser Bestimmung Gesetz werden konnte, gerechtfertigt.

III. Das „Retentionsrecht" des Gläubigers am fundus.

Haben wir im Sinne obiger Ausführungen erkannt, daß die gesetzlichen Bestimmungen des römischen Rechts, die die Rückforderung des ganzen fundus gestattet, diejenige ist, die allein dem Wesen der datio in solutum gerecht wird, so begegnen wir bei ihr doch der Schwierigkeit bezüglich der Behandlung der alten Forderung. Ulpian sagt hier: „centum manere stipulationem"

---

[86]) vgl. insbes. §§ 242, 245 I, 16.

[87]) Berndorff a. a. O. S. 34.

[88]) Rubo in Kamptz' Jahrb. Bd. 22 S. 12, 15, 16; Daniels a. a. O. S. 21; Bornemann a. a. O. Bd. 3 S. 359, wenngleich andererseits man insbesondere in der Praxis von der Verwechslung eines Kaufs mit der datio in solutum sich freizumachen bestrebt war. Vgl. Koch Anm. 7 zu § 242 I, 16; Rönne Anm. 5 zu § 235 I, 16.

[89]) a. a. O. S. 359.

„manet et obligatio incorrupta“. Diese seine Worte sind es, die am meisten zu Zweifeln Anlaß geben und die deswegen auch das Verständnis unserer Stelle sehr erschweren. Gerade durch sie bewogen, hat man teilweise zu erweisen gesucht, daß Ulpians Ansicht in jeder Beziehung mit der Marcians übereinstimme,[90]) wobei man übersah, daß Ulpian hier mit keinem Worte die juristischen Mängel der datio in solutum erwähnte, und daß infolgedessen nicht feststeht, ob nicht Ulpian auch hier dem Gläubiger die actio emti utilis geben würde, wenn vor Anstellung der condictio das aliud rechtliche Mängel aufweisen würde. Andererseits hat man hier einen Widerspruch Ulpians mit seinen übrigen Ansichten bezüglich der datio in solutum zu sehen geglaubt.[91]) Selbst wenn man aber beides logischerweise und den Aussprüchen der Quellen gemäß nicht annehmen kann, so kann man doch den Fortbestand der alten Forderung mit den Mitteln des technisch geformten Rechts hier so wenig wie bei Paulus in der l. 84 cit. erklären, auch mit der Auffassung Marcians nicht. Beide widersprechen nicht dem Satze Justinians in der pr. Inst. 3, 29. Wenn Marcian bei nicht völlig unanfechtbarem Übergange des Eigentums des aliud auf den Gläubiger die alte Forderung fortbestehen läßt, so sagt das für den vorliegenden Fall nichts. Denn hier ist der ganze fundus unbeeinträchtigt durch Ansprüche Dritter auf den Gläubiger übertragen. Die condictio indebiti aber bedeutet, wie wir festhalten müssen, nicht eine dingliche Klage auf Herausgabe des fundus, sondern eine persönliche auf Herausgabe der Bereicherung, die in diesem Falle allerdings praktisch dasselbe bezweckt. Wollte man die Ansicht Marcians dahin charakterisieren, daß bei ihm nur dann geleistet ist, wenn der Gläubiger den Leistungsgegenstand auch zu behalten berechtigt ist, so wäre das nicht korrekt, denn es gibt verschiedene Möglichkeiten, die zu dem Verlust des Gegenstandes führen könnten. Führen hierzu Eigentumsansprüche Dritter, so hat der Gläubiger kein Eigentum und darum im Sinne Marcians nichts erlangt; führen

[90]) Schliemann a. a. O.; Römer a. a. O. S. 83ff.
[91]) Ernst a. a. O. S. 47; Schliemann a. a. O. S. 51.

hierzu aber andere Gründe, so finden wir auch bei Marcian keine Auskunft. Hier bleibt nur die Definition der Institutionen, nach der durch datio in solutum die Schuld getilgt ist. Daß aber volles Eigentum am fundus übertragen ist, liegt, wie oben ausgeführt, in der condictio; daher können wir mit der Lehre der rechtlichen Mängel keinesfalls operieren.

Die Worte Ulpians, der die alte Forderung bestehen läßt, müssen daher anders ausgelegt werden.

I. Die alte Forderung ist erloschen.

In den obenerwähnten Worten Ulpians handelt es sich m. E. um Rechtsbehelfe, welche dem Gläubiger zu gewähren sind, der nach gesetzlicher Bestimmung gezwungen ist, den in solutum empfangenen Gegenstand herauszugeben. Wie wir gesehen haben, ist zwar die alte Verbindlichkeit von 100 durch die Leistung getilgt; aber der Gläubiger ist materiell nicht befriedigt. Wenn nunmehr dem Schuldner eine condictio indebiti auf Herausgabe des ganzen fundus zuerkannt wird, wiewohl der Gläubiger nur in Höhe von 100 bereichert ist, so wäre die Vermögenslage des Schuldners um 100 auf Kosten des Gläubigers gebessert, falls der Schuldner wieder in den Besitz des fundus gelangen würde. Nunmehr würde von neuem infolge dieser Rückübertragung eine condictio indebiti des Gläubigers gegen den Schuldner in Höhe von 100 bestehen bleiben. Eine derartige Komplikation sucht die Gesetzesstelle zu vermeiden, denn wenn die condictio indebiti, wie wir gesehen haben, ex aequo et bono einen ungerechtfertigten Vermögenserwerb ausgleichen soll, so kann sie andererseits nicht dazu dienen, dem Empfänger der ungerechtfertigten Bereicherung seinerseits einen materiell unbilligen Vermögensnachteil zu verschaffen. Eine Ungerechtigkeit aber wäre es für den Gläubiger, der nun wieder, nachdem er endlich wenigstens durch datio in solutum seine Forderung erfüllt sah, nichts weiter als eine andere Forderung gegen den Schuldner hat, deren Realisierung im Zweifel steht. Wenn nun billigerweise dem Gläubiger das Recht gegeben werden soll, den fundus bis zu seiner materiellen Befriedigung zu retinieren,

so läßt Ulpian, um eine dem rechtlichen Gefühl entsprechende Entscheidung auch technisch-juristisch begründen zu können, hier bereits eine Forderung für den Gläubiger entstehen, wiewohl eine solche erst nach Rückgabe des fundus entstehen würde. Das Zurückbehaltungsrecht am fundus ist es demnach, das diese anscheinend merkwürdige Entscheidung bedingt. Denn um dieses zu begründen, konnte Ulpian die Forderung nicht erst entstehen lassen, nachdem der Schuldner den fundus zurückerhalten hat; er wollte schon vorher zum Ausdruck bringen, daß eine im Bestande der alten Forderung analoge von neuem dem Gläubiger entsteht, die ihn zur Retinierung des fundus berechtigt. Darum gibt er dem Gläubiger mit den Worten: „ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur" das Recht, die Herausgabe des fundus zu weigern, bis er bezüglich seiner Ansprüche an den Schuldner befriedigt ist, d. h. bis dieser im Sinne obiger Ausführungen ihm dem alten Schuldverhältnis entsprechend 100 gezahlt hat. Wir werden in dieser Bestimmung eine sehr gerechte und verständige Maßregel finden, die als solche von keinem der Schriftsteller, die sich mit der lex beschäftigt haben, als unbillig empfunden wurde. Allein sie mit den Regeln des technisch-juristischen Retentionsrechtes in Einklang zu bringen, dürfte nicht ohne Schwierigkeit sein, ebenso wie die Beantwortung der Frage nach dem Begriffe des Retentionsrechtes selbst im Sinne der römischrechtlichen Auffassung.

Ein Begriff, wie ihn etwa das Bürgerliche Gesetzbuch durch die Gesetzesdefinition des § 273 bringt, hat über das Zurückbehaltungsrecht oder Retentionsrecht im gemeinen Recht nicht bestanden. Die römischen Quellen haben einen einheitlichen Begriff des Retentionsrechts nicht aufgestellt. Kein Reskript, kein Senatskonsult, kein prätorischer Erlaß bringt darüber eine Definition, und nach einem Titel, etwa „de retentione", suchen wir im Corpus iuris vergeblich.[92]) Ja nicht einmal eine einheitliche Bezeichnung hatte dieses Recht in den Quellen erlangt.

[92]) Bleyler, Zurückbehaltungsrecht, Diss. Rostock 1905, S. 12; Hartmann, Aufrechnung und Zurückbehaltung. Diss. Breslau 1907. § 1.

Denn wenn wir gewohnt sind, mit Worten wie „retinere" oder „retentio" als völlig feststehenden Ausdrücken zu rechnen, so finden wir in den römischen Quellen da, wo ein Zurückbehaltungsrecht gewährt werden soll, überaus häufig andere von diesen abweichende Bezeichnungen. In den allermeisten Fällen wird hier der Ausdruck „exceptio doli" für das Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten gebraucht.[93] Andererseits ist nicht überall da, wo von „retinere" oder „retentio" in den Quellen gesprochen wird, von einem Retentionsrecht im juristisch-technischen, sondern sehr häufig nur in der eigentlichen Bedeutung von „halten", „zurückbehalten" im grammatikalen Sinne die Rede.[94] Diese eigenartige Behandlungsweise erklärt sich aus der historischen Entwicklung des Retentionsrechts. Dem ius civile der Römer fremd, verdankt es seine Entstehung der prätorischen Praxis, in der es mittels der exceptio doli eingeführt wurde.[95] Jedoch nicht überall da, wo der Prätor dem Beklagten gegenüber dem klägerischen Anspruch eine exceptio doli gewährt, lag ein Retentionsrecht vor, sondern dies verlangte einen ganz besonders gearteten und umgrenzten dolus des Klägers. Das Retentionsrecht geht daher, wie Goldschmidt sagt,[96] „prozessualisch in der exceptio doli auf, allein sein materieller Inhalt wird durch dieselbe nur begrenzt, nicht bestimmt".

Die Gemeinrechtliche Doktrin hat sich erst spät zu wissenschaftlichen Behandlungen des Retentionsrechts entschlossen, nicht ohne einige geringschätzige Verurteilungen über dieses völlig aussichtslose Unternehmen zu erfahren. Die Schriftsteller haben sich zum Teil mit recht wenig Erfolg bemüht, aus den verschiedenen Fällen der römischen Quellen, die ein wirkliches Retentionsrecht enthalten, ein einheitliches Prinzip herauszufinden und aus diesem bestimmte Regeln abzuleiten. In der Praxis

---

[93] Beispiele bei Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht, Jena 1904, S. 3; Großkopf a. a. O. S. 13.

[94] Sintenis, Zivilrecht Bd. 2 S. 169 Anm.; v. Mayr, condictio S. 98; Schenck a. a. O. S. 30; Luden a. a. O. S. 3; Bleyler a. a. O. S. 12.

[95] Schlegelberger a. a. O. S. 1.

[96] Handb. d. HR. Bd. 2 S. 946ff.

stand man noch in nicht allzuferner Zeit auf dem Standpunkt, daß ein einheitliches Prinzip für alle Fälle des kasuistisch auftretenden Retentionsrechtes nicht aufzustellen sei.[97]) Die Versuche der Gemeinrechtlichen Doktrin interessieren hier nur, soweit sie unseren Fall behandeln, dessen Begründung ihr eine erhebliche Schwierigkeit bereitet hat.[98]) Da fast durchweg die Erklärung dieses Zurückbehaltungsrechts ohne Rücksicht auf den übrigen Inhalt der Stelle geschah, so sah man hier zwei einander gegenüberstehende Forderungen, von denen die des Gläubigers gegen den Schuldner auf 100, aus dem alten Schuldverhältnis, die des Schuldners gegen den Gläubiger auf Herausgabe des fundus nach dessen Übergabe entstanden war. Diese demnach aus verschiedenen Rechtsverhältnissen entstandenen Ansprüche in ein Abhängigkeitsverhältnis zueinander zu bringen, kann aber nur da gelingen, wo man den Voraussetzungen dieses Abhängigkeitsverhältnisses und damit dem Begriff des Retentionsrechts selbst gerecht wird.

Allein abgesehen davon, daß man mit wenigen Ausnahmen zwei gegenüberstehende ungleichartige Ansprüche als zur Retention geeignet anerkannte, waren die Voraussetzungen des Retentionsrechts lebhaft umstritten.[99]) Während man einerseits die Einrede des Retentionsrechts nur als gegen eine in rem actio zulässige erklärte und daher, wie oben angedeutet, zu dem Ergebnis kam, daß der Schuldner hier einen dinglichen Anspruch gegen den Gläubiger geltend macht,[100]) einigte man sich in der herrschenden Literatur doch darüber, daß Anspruch und Gegenanspruch miteinander konnex sein müssen.[101]) Da aber konnex nichts weiter heißt, als daß hier eine Beziehung zwischen An-

[97]) Seufferts Arch. Bd. 23 Nr. 8, Bd. 24 Nr. 105.

[98]) Lenz in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 396 Anm. 76.

[99]) Bleyler a. a. O. S. 29; Langfeld a. a. O. S. 10; Goldschmidt a. a. O. S. 974.

[100]) Zu diesen gehören außer den beiden oben zitierten Luden und Renaud noch die Glosse, die das Retentionsrecht der l. 26 § 4 „propter debitum, si mihi aliquid deberes et res tua sine vitio ad me perveniat“ erklärt und Langfeld a. a. O.

[101]) vgl. darüber die Angaben bei Schenck a. a. O. S. 133.

spruch und Gegenanspruch bestehen muß,[102]) so ist damit auch nichts weiter gesagt, denn über die Art der Beziehungen, die zur Zurückbehaltung führten, wurden fast von jedem Schriftsteller verschiedene Anforderungen gestellt. Indem man nun die einzelnen Fälle in sogen. Kategorien zusammenfaßte, brachte man unsere lex bald in der einen, bald in der anderen derselben unter.

Boehmer,[103]) der zuerst erkannte, daß die Beziehung beider Ansprüche zueinander, nicht nur die Natur des geltend gemachten Anspruchs allein, über die Zulässigkeit des Retentionsrechts entscheidet,[104]) ordnete den Ulpianschen Fall — wie auch Faselius[105]) und Lenz bei Weiske[106]) — derjenigen Kategorie unter, in der die Schuld aus einer Sache, welche retiniert wird, bezahlt werden muß.

Glück, der fünf Kategorien aufstellte, sah das Retentionsrecht der l. 26 § 4 gegeben, weil hier eine Sache für eine Gegenleistung herausgegeben werden soll.[107])

Schenck[108]) schuf zu den verschiedenen Konnexitätskategorien noch eine weitere durch Gesetz- oder Parteiwillen bedingte, sogen. positive Konnexität, deren Beweis er vor allem in unserer Stelle erblickte.

Großkopf[109]) dagegen, der wie die Glosse das Retentionsrecht nur in einer fremden Sache zulassen will und der weder eine Forderung noch Konnexität als Voraussetzung des Retentionsrechts aufstellte, faßt unseren Fall als einen durch Gesetz gegebenen, in welchem von Konnexität keine Rede sei. Ebenso will auch Sintenis,[110]) der im wesentlichen Großkopf folgt, wiewohl er in seinem einige Jahre früher erschienenen „Pfand-

---

[102]) Schönenberg a. a. O. S. 21.
[103]) a. a. O. S. 633.
[104]) vgl. darüber Schlegelberger a. a. O. S. 5 u. 6.
[105]) a. a. O. S. 58.
[106]) a. a. O. S. 395.
[107]) a. a. O. Bd. 15 S. 130.
[108]) a. a. O. S. 145.
[109]) a. a. O. S. 3, 67, 68.
[110]) Zivilrecht Bd. 2 S. 169 Anm. 75.

recht“ [111]) noch das Erfordernis der Konnexität vorträgt, unseren Fall verstanden wissen.

Am wenigsten gerecht werden dem Retentionsrecht der l. 26 § 4 die Ausführungen von Langfeld,[112]) der mit einer gewissen Verzweiflung am Ende seiner umfangreichen Schrift in die Worte ausbricht: „Ein einheitliches, alle einzelnen Anwendungsfälle des Retentionsrechts erklärendes Prinzip läßt sich überhaupt nicht aufstellen“.[113]) Er sieht hier eine unwirksame datio in solutum und aus dieser Unwirksamkeit heraus das Retentionsrecht begründet.

Erst Goldschmidt, der zuerst darauf hinwies, daß mit den einzelnen Konnexitätskategorien, so Richtiges diese auch sonst in mancher Beziehung enthalten mögen, ein Begriff niemals zu erschöpfen sei, begründet diese das Retentionsrecht bedingenden Beziehungen in einer Weise, wie sie als einheitlicher Begriff zuerst für die Praxis brauchbar wurden.

Nach Goldschmidt „müssen das Recht des Klägers und der Gegenanspruch des Beklagten einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürlich gewollte) Einheit bilden“.[114]) Wann diese gewollte Verbindung bestehe, läßt sich nur durch Würdigung der jedesmaligen Umstände entwickeln. „Nicht überall ist der Erweis des Parteiwillens erforderlich, vielmehr genügt es, falls dieser Wille um deswegen vorausgesetzt werden muß, weil sein Gegenteil gegen Treu und Glauben verstoßen würde.“[115]) Goldschmidts Ausführungen sind sofort von der Praxis aufgenommen, und seitdem herrschte im Gemeinen Recht die Anschauung, daß das Retentionsrecht da anzuwenden sei, wo zwei Ansprüche im Sinne Goldschmidts miteinander konnex sind.[116]) Unter diesen von ihm aufgestellten Begriff rechnet auch

---

[111]) S. 21—29.

[112]) a. a. O. S. 61, 62, insbes. Anm. 10.

[113]) S. 108.

[114]) a. a. O. S. 974.

[115]) Goldschmidt a. a. O. S. 979.

[116]) vgl. insbesondere die von nun an grundlegende Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 233; dazu Schlegelberger a. a. O. S. 12.

Goldschmidt das in unserer lex gegebene Retentionsrecht, während die letzte in umfangreicher Weise auch das Gemeine Recht streifende Arbeit über das Zurückbehaltungsrecht, die mehrfach erwähnte von Schlegelberger,[117]) das Wort „retinere“ in unserem Falle nur im grammatikalen, nicht im juristisch-technischen Sinne des Wortes gebraucht wissen will.

Diese im wesentlichen erschöpfende Aufzählung der in der Literatur dem Retentionsrecht unserer Stelle widerfahrenen Behandlungsweise liefert einen interessanten Überblick über die Behandlung des Retentionsrechts überhaupt. Denn man wird sich der Annahme nicht verschließen können, daß man für den Fall des Bestehens des alten Schuldverhältnisses dem Gläubiger eine exceptio doli gegenüber der auf den ganzen fundus gehenden condictio indebiti des Schuldners geben und damit im Sinne Goldschmidts, dessen Ausführungen hier in keiner Weise angegriffen werden sollen, eine Konnexität annehmen muß.

Was die Ansichten der Glosse sowie die von Luden und Renaud anlangt, so kann auf oben Gesagtes verwiesen werden. Es handelt sich hier nicht um eine in rem gehende, sondern um eine persönliche Klage. Falls sie eine solche für das Retentionsrecht nicht geeignet halten, so können ihre Ansichten über das Retentionsrecht nicht erschöpfend sein.[118]) Ähnlich ist es mit der Ansicht von Langfeld, die von einer ungültigen datio in solutum spricht und daher in ihrer Konsequenz auch nur zu einer rei vindicatio führen würde. Aber auch die Schriftsteller, die wie Sintenis und Großkopf das Retentionsrecht unseres Falles für ein ganz ausnahmsweise gestattetes erklären, sagen uns damit nichts Erhebliches, denn sie zeigen nur, daß sie mit dem von ihnen aufgestellten Begriff des Retentionsrechtes nicht auskommen.

Ebensowenig kann die sogen. positive Konnexitätskategorie Schencks zum Ziele führen. Wenn Schenck nur einen be-

---

[117]) a. a. O. S. 3.

[118]) Eccius in Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. 3 S. 460 läßt das Retentionsrecht auch nur bei einer fremden Sache gelten; vgl. dagegen insbesondere Savigny, Das Recht des Besitzes S. 38; Wolff in Buschs Arch. d. HR. Bd. 3 S. 257.

sonderen Fall hier gegeben sieht, so muß andererseits m. E. wiederholt werden, daß ex fide bona jedem Beurteiler des Falles das Fehlen des Retentionsrechts hier eine Unbilligkeit und Ungerechtigkeit bedeuten würde.

Was endlich die von Glück, Boehmer, Faselius und Lenz aufgestellten Ansichten anlangt, so sind diese bezüglich unserer Stelle nicht falsch, insofern ihre aufgestellten Kategorien in dem Goldschmidtschen Konnexitätsbegriff enthalten sind. Ihre Ausführungen bedeuten im gewissen Sinne Entwicklungsstufen auf dem nunmehr festgelegten Wege, ohne diesen in seinem vollen Umfange mit den aufgestellten Kategorien, und seien diese auch noch so zahlreich, begrenzen zu können.

2. Das Recht des Gläubigers, den fundus zurückzubehalten, ist aus der condictio indebiti selbst zu erklären.

Unter Berücksichtigung obiger Ausführungen ist aber mit dem gewonnenen Konnexitätsbegriff überhaupt nicht zu operieren, weil es sich hier nicht um zwei gegenüberstehende Forderungen handelt, da das alte Schuldverhältnis durch datio in solutum getilgt ist. Diese Tilgung bietet jedoch, wiewohl sie durch ein formell gültiges Erfüllungsgeschäft vorgenommen ist, dem Gläubiger keine materielle Befriedigung, insofern er nach gesetzlicher Bestimmung den ganzen fundus, also auch den Teil der Leistung, der seine Forderung zu decken geeignet ist, an den Schuldner herausgeben muß. Würden wir daher die condictio indebiti nur unter Berücksichtigung des gegen den Gläubiger gerichteten Anspruchs seitens des Schuldners betrachten, so würde mit der Herausgabe des ganzen fundus, die, wie wir gesehen haben, als einzige dem Wesen des Erfüllungsgeschäfts entsprechende Möglichkeit übrig bleibt, das Prinzip der condictio indebiti überschritten und dem Schuldner von neuem eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Gläubigers gewährt werden. Die condictio indebiti aber ist nicht nur hiernach zu beurteilen. Der Gläubiger ist nicht um den ganzen fundus bereichert. Daher kann auch die condictio indebiti nur dann auf den ganzen fundus gehen, wenn das Vermögen des Gläu-

bigers tatsächlich um den Betrag des ganzen fundus, d. h. um 200 materiell bereichert ist. Jetzt verstehen wir erst den Sinn der Worte Ulpians, der in einer ungenauen Ausdrucksweise sagen will, daß der Gläubiger materiell nicht befriedigt ist, und daß ihm, da er den fundus herausgeben muß, eine exceptio doli bis zu seiner materiellen Befriedigung dem Kläger gegenüber zusteht. Es erklärt sich daher das Retentionsrecht am fundus aus dem der condictio indebiti inne wohnenden Prinzip selbst. Denn diese will, wie oben gesagt, zwar vom Standpunkte einer höheren materiellen Gerechtigkeit die Härten des formellen Rechts mildern, sie darf dann aber auch nicht dem Kläger einen Vorteil geben, auf den er keinen Anspruch hat. Einen ungebührlichen Vorteil aber würde er erhalten, wenn er auch nur einen Moment in den Besitz des ganzen fundus gelangen würde. Um nun durch eine Klage, die selbst ex aequo et bono eingeführt ist, nicht von neuem eine Ungerechtigkeit in die Beziehungen der Parteien hineinzutragen, muß das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien unter Berücksichtigung der ganzen Rechts- und Vermögenslage betrachtet werden. Nach dieser ist eine condictio indebiti nur dann vorhanden, wenn der Gläubiger von dem Schuldner 100 erhält. Die exceptio doli führt daher hier nicht nur zu einem Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten, sondern zu einer Abweisung der Klage, wenn der Kläger die condictio indebiti auf den ganzen fundus richtet, bevor er im Sinne obiger Ausführungen das alte Schuldverhältnis getilgt hat.[119])

C. Beurteilung des Falles nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Haben wir eingesehen, daß das Allgem. Landrecht zum Zwecke des Ausgleichs der Bereicherung ganz andere Bahnen einschlägt als das römische Recht, und daß es dadurch, daß es den Gläu-

[119]) Ähnliche Erwägungen bei Cramer a. a. O. S. 426; Großkopf a. a. O. S. 68; Haas, Die condictio indebiti nach dem Gemeinen Recht und BGB., Diss. Rostock, S. 58; Stieve a. a. O. S. 29; letztere beide allerdings im Sinne der Vorschriften des BGB.

biger in dem Besitz des fundus beläßt, zwar weitere Schwierigkeiten vermeidet, andererseits aber auch dem Charakter der datio in solutum nicht in vollem Umfange gerecht wird, so soll ein kurzer Überblick über die bezüglichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zeigen, daß hiernach trotz des Mangels einer ausdrücklichen Regelung der Fall wie im römischen Recht zu beurteilen ist.

I. § 812 Abs. I Satz I oder Satz 2?

Hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch, wie bereits angedeutet, nicht ein eigenes Kondiktionensystem bei der Regelung der ungerechtfertigten Bereicherung zugrunde gelegt, gibt es vielmehr nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur einen einheitlichen Bereicherungsanspruch in § 812 Abs. 1, so hat doch die Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs es nicht unversucht gelassen, die einzelnen Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung mit den einzelnen Kondiktionen des Gemeinen Rechts in Einklang zu bringen.[120]) Hierbei hat sich eine Meinungsverschiedenheit darüber ergeben, ob die condictio indebiti dem Satz 1[121]) oder Satz 2[122]) des Abs. 1 des § 812 unterzuordnen sei.[123]) Wollte man nun die condictio indebiti unter § 812 Abs. 1 Satz 2 bringen, d. h. ihre Entstehung dann annehmen, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist, so würde, wie Goldmann-Lilienthal[124]) mit Recht ausführen, anzunehmen sein, daß das Bestehen der Schuld und deren Tilgung in den Inhalt des Rechtsgeschäftes mit aufgenommen werden müsse. Daß die Parteien

[120]) vgl. Oertmann Vorbem. 2 zu § 812; Stammler a. a. O. S. 1 ff.; Jakubezky, Bem. z. Entw. S. 171; Planck Anm. 3 zu § 812 S. 933—938.

[121]) Dernburg, BGB. Bd. 2, 1 S. 678; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 867; Collatz a. a. O. S. 13 ff.; v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 445.

[122]) Oertmann Vorbem. 2 ff. zu § 812; Crome Bd. 2 S. 985.

[123]) Daß nach einigen das Gebiet der condictio indebiti in das der sine causa sich auflöst, erscheint mit der Existenz des § 814 nicht vereinbar; vgl. darüber Oertmann Vorbem. 2 f. zu § 812.

[124]) a. a. O. S. 867.

dies niemals tun, ist oben dargelegt, und außerdem ist trotz der Entgegnung Oertmanns[125]) mit Collatz anzunehmen,[126]) daß der wirtschaftliche Zweck, die Tilgung der Schuld, auch bei der Leistung auf eine nicht vorhandene Verbindlichkeit erreicht wird. Daher hängt die Entscheidung des Streites mit Rücksicht auf obige Ausführungen davon ab, ob man die condictio indebiti als eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund oder aus dem Leistungszweck, dem Willensinhalt der Parteien, erklären will. Wie ausführlich erörtert, kann letzteres nicht geschehen, und daraus folgt, daß die condictio indebiti nur mit dem Satz 1 des Abs. 1 des § 812 interpretiert werden kann. Die Herausgabe der erhaltenen Gegenstände vollzieht sich nach den Vorschriften des § 818 BGB. Dieser steht grundsätzlich auf dem Boden der Naturalrestitution und läßt einen Wertersatz nur dann zu, wenn die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist oder der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande ist. Nach Abs. 3 des § 818 ist die Herausgabe ausgeschlossen, soweit der Gläubiger nicht mehr bereichert ist. Diese Bestimmungen, denen eine analoge gesetzliche Regelung im römischen Recht fehlte, machen die Entscheidung des § 4 unserer lex im Bürgerlichen Gesetzbuch in mehrfacher Beziehung einfacher als im römischen Recht. Der Fall des § 5 ist wie im römischen Recht zu entscheiden.[127]) Im einzelnen ergeben sich hierbei noch folgende Komplikationen. Hat der Gläubiger noch das ganze Öl oder mindestens die Hälfte, so hat er es bis zum Werte von 100 herauszugeben; ist die Herausgabe dagegen aus irgendwelchen Gründen ausgeschlossen, so muß er 100 in bar zahlen. Hat er von dem Öl weniger als die Hälfte, so muß er das vorhandene ganz herausgeben und dessen an dem Werte bis 100 fehlenden Rest in bar zahlen, soweit er durch den Verbrauch oder die Veräußerung des Fehlenden überhaupt noch bereichert ist. Hat er dagegen das Öl vollständig verbraucht, so muß er 100 im Werte herauszahlen, wenn

[125]) Oertmann a. a. O.

[126]) a. a. O. S. 14.

[127]) Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 837; Pfersche a. a. O. S. 142; v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 592; Staudinger, BGB. Bd. 2 b S. 1401 Anm. 4.

und soweit er durch den Verbrauch oder die Veräußerung noch bereichert ist. Was dagegen den fundus anlangt, so kann von den drei zu Beginn unserer Abhandlung aufgeführten Möglichkeiten hier ebensowenig wie im allgem. Landrecht und im römischen Recht diejenige in Betracht kommen, die ein Miteigentum zwischen Gläubiger und Schuldner herbeiführen würde.[128]) Von den anderen beiden aber müssen wir die wählen, die Ulpian in seiner Entscheidung zum Gesetz erhoben hat. Nicht nur würde die andere Möglichkeit, die den Gläubiger in dem Genuß des fundus läßt und ihn zwingt, 100 herauszuzahlen, auch hier dem Begriff der datio in solutum widersprechen. Daneben aber muß auch aus anderen Gründen die römische Entscheidung den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs entnommen werden.[129])

Das folgt aus § 818. Da nach Abs. 2 desselben nur dann der Wert der Bereicherung zu erstatten ist, wenn die Herausgabe unmöglich oder der Empfänger dazu außerstande ist, und da dies hier an sich nicht zutrifft, so muß die condictio nach der allein noch bleibenden Möglichkeit auf Herausgabe des ungeteilten Grundstücks gehen.

2. Kann § 273 BGB. in Frage kommen?

Welche Rechte aber hat nunmehr der Gläubiger?

Hier zwingt uns keine gesetzliche Bestimmung, ein Fortbestehen oder gar ein Wiederaufleben der alten Forderung anzunehmen. Diese ist vielmehr durch datio in solutum nach § 364 BGB. dauernd erloschen und kann nicht wieder aufleben.[130]) Ein eigentliches Zurückbehaltungsrecht kann mithin mangels zweier gegenüberstehender Ansprüche nicht in Frage kommen.[131])

Wollte man aber dennoch, wie mehrfach versucht wird,[132])

---

[128]) § 364 BGB. Die Gründe sind dieselben wie im römischen Recht.

[129]) Stieve a. a. O. S. 53; Oertmann Anm. 2a zu § 818; Planck Anm. 5 zu § 813 S. 943; Staudinger § 818 Note 5 S. 1402; v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 592; Haas a. a. O. S. 58.

[130]) Das wird ohne Grund geleugnet von v. Mayr, Bereicherungsanspruch S. 594 und Haas a. a. O. S. 59.

[131]) Stieve a. a. O. S. 29.

[132]) Haas a. a. O. S. 58, 59.

mit zwei gegenüberstehenden Ansprüchen des Schuldners und Gläubigers operieren, so würde man hier zum Teil denselben Schwierigkeiten wie im römischen Recht begegnen. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Begriff der Konnexität von Anspruch und Gegenanspruch nicht ausdrücklich festgestellt, es vielmehr dem Richter überlassen, im einzelnen Fall eine etwaige Zusammengehörigkeit dieser Ansprüche zu prüfen.[133]) Allerdings begegnen wir hier in der Rechtswissenschaft nicht jener Zerfahrenheit wie in der des Gemeinen Rechts, sondern hier sind durch die Vorarbeiten Goldschmidts und durch dessen Lehre die Wege geebnet, die von der Rechtsprechung näher ausgebaut worden sind.[134]) Während nun auch mit der neueren Praxis[135]) die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[136]) ebenfalls für das Bürgerliche Gesetzbuch den von Goldschmidt aufgestellten Begriff der Konnexität gelten lassen und demgemäß unter dem „rechtlichen Verhältnis" des § 273 BGB. ein rechtlich geregeltes Lebensverhältnis verstanden wissen will, dessen natürliche und gewollte Einheit nach Treu und Glauben zu prüfen sei, erheben sich in der jüngsten Literatur Stimmen, die diese weite Auslegung des Begriffs nicht billigen und die das „rechtliche Verhältnis" mit „Rechtsverhältnis" identifizieren wollen.[137]) Allein diese Frage ist hier nicht näher zu prüfen, denn auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch ergibt sich die Entscheidung unseres Falles aus den Grundsätzen des Bereicherungsanspruches selbst. Auch für diesen müssen die oben entwickelten Grundsätze der condictio indebiti des römischen Rechts gelten. Auch er stellt sich dar nicht als ein von der übrigen Rechts- und Vermögenslage losgelöster Anspruch auf Herausgabe des die

---

[133]) Endemann, Handb. d. HR. S. 94; Schlegelberger a. a. O. S. 83; Laband im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 193.

[134]) RG. Bd. 14 S. 231.

[135]) RG. Bd. 57 Nr. 1; OLG. Bd. 3 S. 354.

[136]) Schlegelberger a. a. O. S. 87; Enneccerus, BGB. Bd. 1 S. 625; Endemann, BGB. S. 750 Anm. 7; Schollmeyer Anm. 2b zu § 273; Dernburg, BGB. Bd. 2 S. 134; Rehbein, BGB. Bd. 2 S. 92.

[137]) vgl. u. a. Schönenberg a. a. O. S. 22, 34, 37 u. 39; Bleyler a. a. O. S. 34.

Bereicherung bedingenden Gegenstandes,[138]) sondern der Ausgleich der Bereicherung kann nur erfolgen auf Grund einer Vergleichung der materiellen Rechts- und Vermögenslage beider Parteien. Unter diesem Gesichtspunkt ist unter dem nach § 812 herauszugebenden „Etwas" die Gesamtheit der in das Vermögen des Empfängers hinübergegangenen Werte unter Berücksichtigung der dafür erhaltenen Vermögensobjekte zu verstehen.[139]) Ist daher auch hier wie in Rom das alte Schuldverhältnis erloschen, so ist es materiell doch bei der Vergleichung der Rechts- und Vermögenslage der Parteien in Betracht zu ziehen.[140]) Inkorrekt wäre es, wie Ulpian tut, hier zu sagen, der Schuldner müsse selbst nach Empfang der datio in solutum durch den Gläubiger noch das alte Schuldverhältnis erfüllen, sondern da die materielle Rechts- und Vermögenslage des Gläubigers nach Rückgabe des fundus um den Betrag der den Inhalt des alten Schuldverhältnisses bildenden Verpflichtung des Schuldners verringert ist, so kann man allerdings inkorrekt, wenngleich dem Sinne nach berechtigt, von einer Verpflichtung des Schuldners, das alte Schuldverhältnis noch zu erfüllen, auch hier sprechen. Ein Zurückbehaltungsrecht im eigentlichen Sinne liegt daher nicht vor, und deshalb treffen die Ausführungen von Stieve,[141]) der als erster die l. 26 § 4 unter dem Gesichtspunkt der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs einer eingehenden Erörterung unterzogen hat, insofern nicht ganz das Richtige, als Stieve von einem Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers am Grundstück spricht. M. E. muß man hier wie im römischen Recht ein Bestreiten des Beklagten bezüglich der Klagevoraussetzungen erblicken. Denn da, wie wir gesehen haben, die Herausgabe des fundus nur einheitlich erfolgen kann, so würde das Vorbringen des Beklagten, er sei bezüglich der alten Schuld materiell unbefriedigt, auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch zu einer Abweisung der Klage führen.

[138]) JurW. 1903 Beilage S. 58.

[139]) JurW. 1903 Beilage Nr. 19 S. 8 und JurW. 1906 S. 70.

[140]) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 865; Stieve a. a. O. S. 93, 95.

[141]) Stieve a. a. O. S. 28—30.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.